Der Maklerlohn bei Veräußerung vorkaufsbelasteter Grundstücke

---

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans-Georg von der Pahlen
aus Palms (Estland)

Approbiert am 24. Juni 1936

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1937

1937/124

Referent: Univ.-Profeſſor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite:

Einleitung 5

I. Abschnitt: Die Provision im Hinblick auf den mit dem Verkaufsberechtigten zustande gekommenen Vertrag 6

1. Gründe für die Bejahung des Anspruchs 6

2. Gegengründe 9

3. Das Problem. Die Kausalität 10

4. Die Lösung 11

a) Gesetzesinterpretation 11

b) Judikatur 13

c) Zweckmäßigkeit 15

II. Abschnitt: Die Provision im Hinblick auf den mit dem Dritten zustande gekommenen Vertrag. Provision und Ausführung des Vertrages

A. im allgemeinen 16

B. Die vereinbarte Vertragshinfälligkeit. Vorgeschlagene Lösungen 20

1. Auflösende Bedingung 21

2. Aufschiebende Bedingung 27

3. Rücktritt 28

C. Der Maklervertrag als ausschließliche Grundlage des Provisionsanspruches 29

D. Lösungen 34

E. Vorbehaltloser Vertragsschluß 35

Literaturverzeichnis.

Aubryet Raû: Cours de droit civil francais d'après la methode de Zachariae, 5. Aufl. Paris 1897—1922. par Bartin.

Bruns: Geschichte und Quellen des römischen Rechts, in Holtzendorffer Enzyklopädie. Bd. I. Leizig-Berlin 1904.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

Crome: System des deutschen Bürg. Rechts. Bd. I u. II. Tübingen 1900, 1912.

Dörr: Der Mäkler-Vertrag im BGB in Seuff. Bl. für Rechtsanwendung. Bd. 70, S. 633 ff.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearb. 1932 Marburg.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. München 1927.

Jacusil, Kurt: Das Recht der Agenten und Mäkler. Heft 2: Das Recht der Mäkler. 3. Aufl. Berlin 1926.

Langen-Keffenbrinck: Die Mäklerprovision bei Verträgen über verkaufsbelasteter Grundstücke als Beitrag zu der Frage der Einwirkung vertragsmäßiger Nichterfüllung des Vertrages auf den Mäklerlohn. Diss. Greifswald 1926.

Laurent: Principes de droit civil. 5. Aufl. Paris 1893—1903.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs. 2. Bd. Leipzig 1908.

Mayer, Robert: Rechte und Pflichten aus dem Mäkler-Vertrag. Diss. Heidelberg 1912.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Recht. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin-Leipzig 1888.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Oertmann: Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff. Leipzig 1921.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. Abt. 1. 5. Aufl. Berlin 1929.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin-Leipzig. 3. Aufl. 1908. 4. Aufl. 1928.

Puchta: Pandekten. 11. Aufl. Leipzig 1871.

Reichel: Die Mäklerprovision. München 1913.

RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. 7. Aufl. 1929. 8. Aufl. 1934.

Rospatt: Zwei Streitfragen des Mäklervertrages in Gruchots Beiträgen. Bd. 45, S. 546.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1868—1869.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl. Stuttgart 1929.

Staub: Kommentar zum Handels-Gesetzbuch, bearbeitet von Koenige. 12./13. Aufl. Berlin 1926—1932.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. Allgemeiner Teil. 9. Aufl. 1925. Bd. II. 2. Teil. 9. Aufl. 1928.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1910. Bd. II. 2. Hälfte 1918.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1931.

Windscheid: Die Lehre des Römischen Rechts von den Voraussetzungen. Düsseldorf 1850.

— Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., bearbeitet von Kipp 1906.

Zachariae von Lingenthal: Handbuch des Französischen Zivilrechts. 8. Aufl., herausgegeben von Crome. Tübingen 1894—1895.

Einleitung.

Der Fall, daß Grundstücke mit einem Vorkaufsrecht belastet sind, ist sehr häufig. Allein schon die eingehende Regelung, die das Bürgerliche Gesetzbuch für das dingliche Vorkaufsrecht getroffen hat, läßt darauf schließen. Ganz anders das Maklerrecht. Hier ist eigentlich nur vom Bürgerlichen Gesetzbuch ausgesprochen, daß der Maklervertrag ein besonderes Rechtsinstitut sei, daß er also nicht mehr, wie vordem, einem der verwandten Rechtsinstitute unterstellt werden soll. Eine eingehende Ausgestaltung hat das Maklerrecht indessen nicht erfahren. Das hat zur Folge, daß die meisten in diesem Bereiche auftauchenden Fragen erst von Rechtsprechung und Literatur geklärt werden müssen. Dies ist auch bis zu einem gewissen Grade bis heute gelungen, indessen ist noch vieles streitig, ja, nicht einmal erörtert.

Hierzu gehört die Beantwortung der Frage, wie es um den Maklerlohn steht, wenn der Makler ein mit einem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück verkaufen sollte. Denn hier besteht gerade wegen des Vorkaufsrechts nicht, wie gewöhnlich, ein Rechtsverhältnis zwischen drei Personen (Auftraggeber, Makler, Dritter), sondern zwischen vier Personen (Auftraggeber, Makler, Dritter, Verkaufsberechtigter) treten Rechtsbeziehungen auf, die in ihrer Wechselwirkung die Ansprüche des Maklers, um die es sich hier handelt, stark beeinflußen. Wird, soviel kann man allerdings ohne weiteres feststellen, das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt, so scheidet der Vorkaufsberechtigte aus dem Rechtsverhältnis aus, und die Lage ist nicht anders zu beurteilen, als im normalen Fall. Der Makler hat die Provision mit Abschluß des Vertrages verdient.

Wird dagegen das Vorkaufsrecht ausgeübt, so entstehen eine Reihe von Fragen, die zu klären Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist. Soviel wir sehen, ist die Dissertation von Langen-Keffenbrinck[1]) die einzige bisher erfolgte Stellungnahme zu dieser Frage. Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Die von Langen-Keffenbrinck vorgesehenen Lösungen werden auch von uns gebilligt. Indessen glauben wir nicht, daß die zur Begründung dieser Lösung von Langen-Keffenbrinck angestellten Erwägungen ausreichend sind. Vor allem haben wir daran auszustellen, daß mit juristisch-abstrakten Erörterungen Dinge bewiesen werden, die ohne gleichzeitige Betrachtung der tatsächlichen Lebensvorgänge immer nur bedingt richtig sein

[1]) Die Mäklerprovision bei Verträgen über vorkaufsbelastete Grundstücke. Diss. Greifswald 1926.

können. Das scheint uns indessen gerade bei der Beurteilung maklerrechtlicher Verhältnisse von überragender Bedeutung zu sein: Der dauernde Kontakt mit der Wirklichkeit, die dauernde Besinnung auf Sinn und Zweck dieses Instituts. Damit soll der juristisch-abstrakten Methode nicht der Wert abgesprochen werden, aber die bloße Tatsache, daß die gesetzliche Regelung so spärlich ist, beweist, daß diese Methode nur solange richtig sein kann, als sie sich in Uebereinstimmung mit dem Leben befindet. Das wird im Laufe der Erörterungen noch häufig deutlich werden.

Sinn und Zweck des Maklervertrages niemals außer Acht zu lassen, ja, sie in einzelnen Beziehungen aufzuklären, macht es erforderlich, hier und da auf die Regelungen einzugehen, die dieses Rechtsinstitut in anderen Rechtssystemen gefunden hat und auch die dort von der Judikatur gewonnenen Resultate zu verwerten.

Erster Abschnitt.

Die Provision im Hinblick auf den mit dem Vorkaufsberechtigten zustande gekommenen Vertrag.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts hat die Wirkung, daß der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande kommt, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hatte (§§ 505 Abs. II, 1098 Abs. I i. Vbdg. m. § 505 Abs. II BGB). Der Erfolg für den Auftraggeber ist also der von ihm erwünschte: er veräußert sein Grundstück unter Bedingungen, mit denen er sich durch Abschluß mit dem Dritten ausdrücklich einverstanden erklärt hat. Es muß sich daher für den Makler die Frage ergeben, ob er nicht seine Provisionsforderung auf diesen neuen, mit dem Vorkäufer zustande gekommenen Vertrag stützen kann.

In § 652 BGB ist bestimmt, daß der Provisionsanspruch verdient sein soll, wenn „infolge" der Maklertätigkeit der Vertrag zustande kommt. Können diese Voraussetzungen auch im Hinblick auf den mit dem Vorkäufer geschlossenen Vertrag als vorliegend anerkannt werden? Diese Frage ist für den Makler insbesondere im Hinblick darauf von entscheidender Bedeutung, als der von ihm mit dem Dritten vermittelte Vertrag nicht zur Ausführung gelangte, die Begründung eines Provisionsanspruches mit diesem Vertrag also recht fraglich erscheint.

1. Es lassen sich verschiedene Gründe anführen, aus denen der durch Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommende Vertrag sehr wohl den Vorausssetzungen genügt, unter denen nach § 652 dem Makler seine Provision zugesprochen werden soll; auf der anderen

Seite sprechen viele Gründe für eine Versagung des Anspruches. Es wird unsere Aufgabe sein, hier die richtige Lösung zu finden.

Betrachten wir zunächst die bisher für die beiden entgegengesetzten Ansichten vorgebrachten Gründe. Gegen die Zusprechung der Provision sprechen folgende Erwägungen:

a) Der Vorkauf wurde vereinbart zu einer Zeit, als der Makler seine Tätigkeit noch nicht entfaltet hatte; an seiner Begründung hatte er also keinen Anteil. Dieser Vorkauf aber ist mit dem später durch Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen identisch. Denn der Verkauf selbst ist nach durchaus herrschender Lehre ein echter Kauf, der unter der doppelten Bedingung des Verkaufes an einen Dritten und der Ausübung des Rechts geschlossen ist [2]). War aber der Kaufabschluß bereits vor der Tätigkeit des Maklers erfolgt, so kann er nicht „infolge" seiner Tätigkeit zustande gekommen sein.

b) Ferner ließe sich folgendes anführen: Der Makler hatte mit dem Vorkäufer selbst nichts zu tun. Weder hat er ihn nachgewiesen, noch hat er auf ihn einen vermittelnden Einfluß mit dem Ziele auf Ausübung seines Vorkaufsrechts ausgeübt. Es kann daher von einer „Tätigkeit" des Maklers nicht die Rede sein [3]).

Es handelt sich also im wesentlichen um zwei Argumente, von denen das erste rein logischer Natur ist und sich auf die Ausgestaltung stützt, die das Vorkaufsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat; das zweite dagegen untersucht den Kausalitätsbegriff im § 652 BGB und behauptet, es müsse ein positiver Beitrag zum Abschluß gerade dieses Vertrages gefordert werden.

Indessen muß das erste dieser beiden Argumente von vornherein für die weitere Betrachtung ausscheiden. Seine Nichtverwertbarkeit ergibt sich aus folgender Ueberlegung: Hätte der Gesetzgeber das Vorkaufsrecht nicht als wahren Kauf ausgestaltet, sondern eine andere Form gewählt, bei der z. B. in der Bestellung lediglich ein bindender Antrag zu sehen wäre [4]), so wäre möglicherweiser der Kauf je nach der rechtlichen Ausgestaltung erst mit der Erklärung des Berechtigten zustande gekommen. Dann aber wäre dem ersten Argument der Boden entzogen. Denn die bloße Zufälligkeit der rechtlichen Ausgestaltung des Vorkaufsrechts kann auf die Beurteilung des Maklerrechts nur dann einen Einfluß haben, wenn zwischen beiden Rechtsinstituten ein logisch die Rechtskonstruktion bedingender Zusammenhang bestände; das aber ist fraglos nicht der Fall.

Daß wir mit Recht von einer „Zufälligkeit" der rechtlichen Ausgestaltung des Vorkaufsrechts sprechen, ergibt auch ein Vergleich

---

[2]) Enneccerus, II § 117 I; v. Staudinger, Vorbem. v. § 504 II 5; RG 72, 385; Warneyer, Komm. I zu § 504.

[3]) Keffenbrinck, S. 38.

[4]) So schon für das geltende Recht Planck 3. Aufl., Vorbem. vor § 504. Vgl. auch die frühere Rechtsprechung des RG, wonach für die Bestellung des Vorkaufsrechts die Form des § 313 BGB nicht erforderlich war. RG 60, 225.

mit dem französischen Recht, denn hier kommt, jedenfalls nach der herrschenden Lehre, der Vertrag erst mit der Erklärung des Berechtigten zustande.

Im C. N. ist der Vorkauf nicht geregelt, er beurteilt sich daher nach den allgemeinen Regeln über die unbenannten Verträge (Art. 1854 Code Civile[5]). Nun ist in der französischen Literatur und Rechtsprechung streitig, ob bei Zuwiderhandlung des Verpflichteten sich das Vorkaufsrecht in einen Ersatzanspruch gegen diesen auflöst oder ob der Berechtigte einen unmittelbaren Anspruch gegen den Dritterwerber hat[6]). Aus diesem Streit läßt sich die Natur des Vorkaufsrechts im französischen Recht sehr wohl erkennen. Zunächst müssen wir uns daran erinnern, daß nach französischem Recht mit Abschluß des Kaufvertrages bereits das Eigentum auf den Erwerber übergeht (Art. 1138 Code Civile); eines beonderen abstrakten Uebertragungsgeschäftes bedarf es nicht mehr. Wäre also der Vorkauf bereits ein im Augenblick der Bestellung perfekter Kauf, so müßte jedenfalls bereits dann eine Belastung der Sache zugunsten des Vorkäufers eingetreten sein. Das ist auch die Argumentation des zitierten Urteils von Riom; es wird hier ausdrücklich auf den Satz „nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet“ [7]) verwiesen; gestützt auf diese Regel soll der Berechtigte evinzieren können.

Die Gegenansicht der durchaus herrschenden Lehre verteidigt Laurent[8]) wie folgt:

> „Pour évincer, il faut être propriétaire, or, le vendeur primitif ne la devient que par l'exécution du pacte de préférende, c'est-à-dire quand l'acheteur lui revend la chose au prix que le tiers lui offre. Si, au lieu de lui revendre la chose l'acheteur la vend à un autre acquéreur, le premier vendeur n'a qu'une action contre son acheteur“.

Damit ist klar gesagt, daß zwar das bekämpfte Urteil Recht hätte, wenn der Vorkauf ein echter Kauf wäre, daß aber das Vorkaufsrecht lediglich eine Anwartschaft auf einen demnächst mit Ausübung des Rechts wirksam werdenden neuen Kaufvertrag darstelle.

Diese Gegenüberstellung mit dem französischen Recht sollte lediglich zeigen, daß das Vorkaufsrecht sehr wohl auch anders hätte konstruiert werden können und daß daher hieraus nicht ohne weiteres gefolgert werden kann, der Makler habe den mit dem Vorkäufer zustande kommenden Vertrag nicht vermittelt oder nachgewiesen.

Ist so das erste Argument gegen die Gewährung des Anspruchs unbeachtlich, so verdient das zweite desto größere Aufmerksamkeit.

---

[5]) Crome, Bd. II S. 469, 414.

[6]) Für die erste Ansicht: Crome, S. 468 Anm. 3; Aubry-Rau, Bd. V § 352 zu N. 5; Limoges 1. 7. 40; Sirey 1841. 2. 8.; Laurent, Bd. 24, S. 135 N. 17. Gegenansicht: Riom 30. 6. 43; Sirey 1844. 2. 343.

[7]) Vgl. Crome, Bd. I S. 344 ff.

[8]) a. a. O.

Keffenbrinck, der, wie wir sahen, anführt, daß der Makler im Hinblick auf den Vorkäufer nicht tätig gewesen sei, streift damit das eigentliche und entscheidende Problem; das wird aus unseren späteren Ausführungen klar werden. Zunächst jedoch drängt sich eine Erwägung auf, die Keffenbrinck zu widerlegen imstande zu sein scheint:

2. Die Regelung, die das Maklerrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat, ist außerordentlich spärlich, abgesehen von § 652, der die juristische Konstruktion des Maklervertrages bestimmt. Trotzdem kommt hierin zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber nunmehr endgültig den Maklervertrag von Dienst-, Werkvertrag und Auftrag trennen wollte, denen er bisher stets zugeordnet wurde[9]). Ein bedeutsamer Fortschritt, wenn man sich vergegenwärtigt, daß hier zum ersten Mal der Versuch gemacht wurde, mit dem Maklervertrag ein neues Rechtsinstitut zu schaffen.

Das römische Recht kannte zwar den Maklervertrag (pactum proxeneticum), hat dieses Institut jedoch nicht sehr entwickelt. Unsere Kenntnisse von dem pactum proxeneticum und der Tätigkeit der proxenetae sind auf einige Stellen bei Seneca[9a]), auf den 14. Titel des 50. Buches der Pandekten „de proxeneticis" beschränkt. Der Maklervertrag ist in den Digesten als ein contractus sui generis, als Innominatkontrakt, behandelt und scharf von Verträgen ähnlicher Art geschieden. Die rechtlichen Beziehungen des Maklers zu seinem Auftraggeber bestehen in erster Linie in seinem Anspruch auf Lohn gegenüber jenem; und das proxeneticum ist im Gegensatz zum Dienstvertrag erst verdient, wenn der zu vermittelnde Geschäftsabschluß zustandekommt[10]). Eine ordentliche Klage zur Erlangung des Maklerlohnes ist nicht gegeben. Der Anspruch auf denselben hat vielmehr im Wege der extraordinaria cognitio vor dem Praetor oder Praeses provinciae geltendgemacht zu werden. Im übrigen hat der Gesetzgeber keine weiteren Grundsätze aufgestellt und die Streitfragen, welche das römische Recht offengelassen hat, sind auch im gemeinen Recht ungelöst geblieben.

Wenn somit der bedeutende Fortschritt, den das Bürgerliche Gesetzbuch gebracht hat, deutlich ist, so kann doch nicht übersehen werden, daß es an der näheren Ausgestaltung des Instituts so gut wie völlig fehlt; das lag wohl in der Absicht des Gesetzgebers, der erst durch die Ergebnisse der Praxis das Material zu einer eingehenderen Regelung gewinnen wollte.

Hieraus aber ergibt sich, daß man bei der Lösung von maklerrechtlichen Fragen mehr als sonst auf Sinn und Zweck dieses Vertrages zurückgehen muß, um zu brauchbaren Ergebnissen zu gelangen. Hiernach muß die Textinterpretation orientiert werden.

---

[9]) Vgl. hierüber Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. I, 281; Bd. II, 688, 821.

[9a]) Seneca: de beneficiis II c. 23, III, c. 15 epistol. 119.

[10]) Windscheid-Kipp Bd. II, § 404, Anm. 8; Puchta, Pandekten, 11. Aufl., § 315.

Wenn wir uns also hier fragen, ob der Makler Provision für den durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entstehenden Vertrag verlangen kann, so müssen wir weiter fragen, ob der Makler das getan hat, wofür der Auftraggeber ihm den Lohn versprochen habe. Im allgemeinen wird ihm der Auftraggeber den Lohn dafür versprochen haben, daß er ihm behilflich gewesen war, einen geeigneten Käufer für sein Grundstück zu finden. Der Auftraggeber hat weder genügend Zeit noch genügend Verbindungen zu interessierten Leuten, um den Verkauf selbst zu bewerkstelligen. Daher bedient er sich des Maklers. Wie dieser nun vorgeht, insbesondere mit wem er abschließt, ist dem Auftraggeber gleichgültig[11]); nur auf den Erfolg kommt es ihm an. Entspricht er dem, was der Auftraggeber erwartet hat, so muß der Makler seinen Lohn verdient haben.

In unserem Falle ist der Erfolg eingetreten, das Grundstück ist verkauft. Und zwar ist der Makler an diesem Erfolge im höchsten Maße beteiligt: er hat die Situation geschaffen, in der erst der Vorkäufer sich bequemen mußte, sich zu entscheiden. Die Hauptarbeit hat der Makler geleistet. Die Bestellung des Vorkaufsrechts selbst ist nicht so schwierig; schwierig wird die Einigung auf einen bestimmten Preis. Daß diese Einigung zustande kam, daran hat der Makler maßgeblichen Anteil. Denn ohne seine Tätigkeit wäre der Vorkäufer nicht gezwungen worden, sein Recht auszuüben; ohne seine Tätigkeit wäre der Vertrag mit dem Vorkäufer nicht zustande gekommen.

Das wird noch viel deutlicher, wenn man an das gesetzliche Vorkaufsrecht denkt (z. B. Vorkaufsrecht bei Miterben § 2034). Kommt hier der Vertrag durch Ausübung des Vorkaufsrechts zustande, so kann außer der Tätigkeit des Maklers überhaupt keine Tätigkeit irgendeiner Person als für den Anschluß kausal anerkannt werden. Denn wenn oben noch gesagt werden konnte, daß ja die Begründung des Vorkaufsrechts selbst eine Ursache für den Abschluß gewesen sein muß, so fällt auch das hier noch weg, da das Vorkaufsrecht ja nicht irgend einer handelnden oder verhandelnden Tätigkeit entsprungen war.

Dies wäre, was sich der Keffenbrinck'schen Deutung des Begriffes „Tätigkeit" entgegenstellen ließe. Es ließe sich also sehr wohl dieser Begriff so interpretieren, daß auch im Hinblick auf den Vorkäufer von einer „Tätigkeit" des Maklers gesprochen werden könnte.

3. Damit sind wir am Kern unserer Untersuchung angelangt. Bedeutet „Tätigkeit" ein aktives Handeln in Beziehung auf den späteren Vertragspartner oder genügt jedes Tätigwerden, das eine conditio sine qua non für den späteren Vertrag darstellt; es handelt sich also um die Ermittlung des Kausalitätsbegriffes im § 652 BGB.

[11]) OLG Braunschweig 9, 6.

Im folgenden soll untersucht werden, für welche Auffassung wir die stichhaltigeren Argumente finden können.

Die Frage ist, soviel wir sehen können, in Literatur und Rechtsprechung in dieser Problemstellung nicht behandelt worden. Zwar finden sich umfangreiche Erörterungen darüber, wieweit die bei der Erörterung der Schadensverursachung gewonnenen Ergebnisse im § 652 BGB Anwendung finden können; es gibt Kontroversen über die Frage, ob ein logisch-objektiver Kausalzusammenhang ausreichend sei oder ob man nicht hier einen subjektiven vorziehen müsse, weil im § 652 von „Lohn" die Rede sei, der begrifflich davon abhängig sei, ob man sich um den Erfolg „verdient" gemacht habe[12]). Schließlich haben das Reichsgericht und die Oberlandesgerichte in vielfältigen Entscheidungen die Grundsätze herausgearbeitet, nach denen zu entscheiden ist, ob der Tatbeitrag des Maklers im einzelnen Fall ausreichend zur Begründung des Provisionsanspruches ist oder nicht[13]).

Worin sich aber alle diese Erörterungen von der vorliegenden unterscheiden, das ist, daß dort niemals in Frage stand, daß der Makler auch mit demjenigen unterhandelt hatte oder doch zum mindesten in Berührung gekommen war, mit dem später der Vertrag zustande gekommen war. Wir dagegen haben zu untersuchen, ob ein Kausalzusammenhang auch dann vorliegen k a n n, wenn der Makler mit dem späteren Vertragsgegner n i c h t in Berührung gekommen ist. Allgemeiner ausgedrückt, besteht der Gegensatz in folgendem: Hier ist die von Literatur und Rechtsprechung noch nicht untersuchte Frage zu prüfen, wo die Kausalkette beginnt, wenn die Tätigkeit des Maklers sich nicht auf den späteren Kontrahenten bezogen, sondern erst durch das Dazwischentreten anderer Umstände den späteren Abschluß begünstigt hatte. Daß diese Frage überhaupt auftauchen konnte, das hat einen Grund in der Tatsache, daß hier nicht, wie gewöhnlich, drei, sondern vier Personen in Rechtsbeziehungen zueinander stehen.

4. a) Wir müssen nun zunächst versuchen, auf Grund des bloßen Gesetzestextes eine Lösung der Frage nach dem Beginn der Kausalität zu finden. Die Vorschrift des § 652 besagt, daß „infolge der Tätigkeit" des Maklers „der Vertrag" zustande gekommen sein muß. Der Begriff der „Tätigkeit" ist im Gesetz selbst nicht näher definiert, seine Bedeutung ergibt sich aber bei Berücksichtigung der maklerrechtlichen Besonderheiten von selbst. Der Makler muß eben tätig gewesen sein, und zwar so, wie es zur Erreichung des vom Auftraggeber verfolgten Zieles zweckdienlich ist; dazu gehört, daß er suchend, handelnd, verhandelnd, vermittelnd tätig geworden[14]) ist. Das Reichsgericht[15]) führt dazu aus:

„Man versteht aber unter Vermittler schon dem Wortsinn nach

---

[12]) Reichel, S. 127 ff.

[13]) z. B. RG in JW 1922, 164; OLG 18, 17; Ferner v. Staudinger, III, 5; Planck, 3, c; Jakusiel, Bd. II S. 64; Komm. v. RGR, 2, c.

[14]) Jakusiel, S. 101.

[15]) RG in JW 1916, 738; s. auch OLG Colmar, 9, 7.

eine Mittelsperson, die durch Verhandeln mit beiden Teilen einen Vertrag zustande zu bringen sucht."

Eine Tätigkeit durch Unterlassen ließe sich beim Makler schlechterdings nicht vorstellen. Solange nicht eine wie immer geartete Aktivität des Maklers nachgewiesen werden kann, kommt ein Provisionsanspruch nicht in Betracht. Würde der Makler sich auch z. B. darauf beschränken, dem Auftraggeber einen anderen Makler namhaft zu machen, der dann seinerseits den Vertrag zustandebringt, so kann die Provision für den ersten nicht verdient sein[16].

Nach dem weiteren Wortlaut des Gesetzes muß diese Tätigkeit sich auf das Zustandebringen „des", genauer „dieses" Vertrages bezogen haben. An dem Abschluß gerade d i e s e s Vertrages muß der Makler einen Anteil haben. Was das aber in unserem Fall bedeutet, ergibt folgende Ueberlegung:

Sinn und Zweck des Maklervertrages gehen auf die Vermittlung einer Vermögenstransaktion, also eines Geschäftes, bei dem der Ausgleich der wechselseitigen Interessen das Wichtigste und Schwierigste ist. Ein solcher Ausgleich der Interessen kann aber begrifflich nur zwischen zwei bestimmten Partnern versucht werden. Es muß jemand gefunden werden, der auf die Bedingungen des Auftraggebers einzugehen bereit ist. Das Ausfindigmachen einer solchen Person bzw. die Beseitigung von in seiner Person liegenden Schwierigkeiten ist die eigentliche Aufgabe des Maklers. Erst wenn der Makler in diesem Sinne tätig wird, kann von einer im Sinne des § 652 BGB erheblichen Tätigkeit gesprochen werden.

Wenn nun das Gesetz weiter fordert, daß „infolge" einer so gearteten Tätigkeit der Vertrag zustande gekommen sein muß, so kann das nur bedeuten, daß die aufspürende, vermittelnde, Schwierigkeiten beseitigende Tätigkeit des Maklers sich gerade auf den späteren Vertragspartner bzw. dessen Vertreter im wahren Sinne bezogen haben muß. Daraus folgt weiter, daß jeder a n d e r e Zusammenhang zwischen der Maklertätigkeit und dem Vertragsabschluß als zufällig im Sinne des § 652 angesehen werden muß; alles andere muß eben für die Begründung des Provisionsanspruches ausscheiden.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß die Provision verdient sein müsse, wenn z. B. der Makler in einer Fachzeitschrift annonciert habe und ein Interessent sich dann unmittelbar an den Auftraggeber gewandt habe; oder daß der Makler einen Untermäkler beauftragt, der dann einen Käufer unmittelbar dem Auftraggeber zuführt. In diesen Fällen ist die Zeitung bzw. der Untermäkler immer als Gehilfe des Maklers anzusehen, so daß sehr wohl von einem Kontakt zwischen Makler und Käufer gesprochen werden kann[17]).

[16]) Reichel, S. 125.

[17]) Jakusiel, S. 154. Anders, wenn sich der Makler ausdrücklich zu persönlicher Tätigkeit verpflichtet hatte (vgl. § 613 BGB) RG in JW 1916, 738; OLG 9, 7.

Soweit die Ergebnisse, zu denen wir bei sinngemäßer Interpretation des Gesetzes gelangen. Sie bedeuten also eine Bestätigung der oben angeführten Keffenbrinck'schen Interpretation des Begriffs „Tätigkeit"; nach eingehender Prüfung können wir uns ihm unbedenklich anchließen.

b) Dies umsomehr, als die Stellungnahme der Judikatur, insbesondere des Reichsgerichts, die wir aus einigen uns vorliegenden Urteilen ableiten können, mit der unsrigen übereinstimmt. In einem vom Reichsgericht[18]) entschiedenen Falle hatte der Makler dem Auftraggeber einen Interessenten zugeführt, mit dem zwar Verhandlungen geführt wurden, die jedoch zu keinem Abschluß führten. Durch diese Verhandlungen war indessen das Objekt bekannt geworden und dann kam der Kauf zustande mit einer Person, die nachweislich von der Kaufgelegenheit erst durch diese Verhandlungen Kenntnis erlangt hatte. Das Reichsgericht bestätigte das klageabweisende Urteil des Oberlandesgerichts und führte aus:

> „Um eine Vermittlertätigkeit für einen bestimmten Vertrag anzunehmen, ist aber erforderlich, daß sie in Bezug zu diesem Vertrag aufgewandt ist, und es kann nicht genügen, daß sie die zufällige Veranlassung zu einem anderen, später zustandegekommenen Geschäft gewesen ist."

Die Schwierigkeit lag in diesem Fall genau wie bei der uns interessierenden Frage: unstreitig war die Maklertätigkeit eine Bedingung sine qua non für den Abschluß des Vertrages. Trotzdem sieht sie das Reichsgericht nicht als Ursache an, sondern bezeichnet den Zusammenhang als bloße „Zufälligkeit". Aus den Urteilsgründen ergibt sich, daß alles das als Zufall, d. h. als außerhalb der — relevanten — Kausalreihe stehend anzusehen ist, was nicht „in Bezug auf diesen — konkreten — Vertrag" geschehen ist[19]).

Das wichtigste an dieser Entscheidung ist, daß hier die Kausalitätslehre, wie sie im übrigen Recht Geltung beanspruchen mag, als nur sehr bedingt verwendbar bezeichnet wird. Das Reichsgericht bestätigt, daß eben n e u e Gesichtspunkte gefunden werden müssen, die aus dem Begriff der Tätigkeit und dem Wesen des Maklervertrages ihren Ausgang nehmen. Das wird ganz deutlich in einer Entscheidung des OLG Colmar gesagt, wo es heißt[20]):

> „Eine Tätigkeit ist noch nicht deshalb eine Vermittlung, weil sie für das Zustandekommen eines Geschäftes kausal gewesen ist."

Hier ist auch auf ein Urteil des OLG Braunschweig einzugehen[21]), in dem der Unterschied zwischen dem Vermittlungs- und Nachweismakler herausgearbeitet wird. Es heißt da, daß der Makler nicht mit beiden Parteien verhandelt zu haben braucht, sondern daß es

[18]) im Recht 1908 Nr. 1366.
[19]) Vgl. auch OLG 12, 85; ferner OLG 17, 432.
[20]) OLG 9, 7.
[21]) OLG 9, 6.

genügt, wenn der Makler eine von ihm irgendwie erkundete, z. B. ihm von Dritten mitgeteilte Vertragsgelegenheit nachweist. Das aber bedeutet, daß jedenfalls der Vermittlungsmakler unmittelbaren Kontakt zu dem späteren Vertragspartner gewonnen haben muß, denn darin wird gerade der Unterschied gesehen, daß der Nachweismakler nicht mit dem Dritten direkt verhandelt zu haben braucht. Also auch dieses Urteil bestätigt die von uns vorgetragene Meinung.

Aber gerade dieses Urteil legt einen anderen Einwand gegen unsere Meinung nahe. Ist es nämlich richtig — so könnte man sagen — daß der Nachweismakler nicht mit dem Vertragsgegner in Berührung gekommen zu sein braucht, so gilt das Gesagte jedenfalls dann nicht, wenn der Auftraggeber den Makler nur zum Nachweis einer Vertragsgelegenheit bestellt hatte; folglich kann man nach Ansicht der zitierten Entscheidung auch dann von einer „Tätigkeit" reden, wenn der Makler den Dritten gar nicht gekannt hat.

Aber dieser Einwand ist nicht begründet. Das angeführte Urteil sagt nämlich ausdrücklich, es genüge, wenn der Makler seinem Auftraggeber eine „von ihm irgendwie erkundete, z. B. eine durch Dritte ihm mitgeteilte Vertragsgelegenheit nachweist". Das aber bedeutet, daß der Makler jedenfalls die Beziehung zwischen dem Auftraggeber und dem Interessenten erst hergestellt hat; das aber ist erst dann möglich, wenn der Makler seinerseits mit dem Dritten in Berührung gekommen war. Nur kann sich der Nachweismakler hierzu irgendwelcher Mittelspersonen (auch z. B. Zeitung; vgl. oben, S. 28/29; deren Tätigkeit ist dann immer dem Makler zuzurechnen) bedienen; das allein bedeutet die von der Entscheidung gemachte Unterscheidung. Sie bezieht sich nur auf den Umfang der Tätigkeit, nicht dagegen wird sie selbst in dem oben erläuterten Sinne überflüssig. Die Tätigkeit des Nachweismaklers kann sich auf das Aufspüren und Ausfindigmachen beschränken; der Vermittlungsmakler muß verhandeln und ausgleichen.

Schließlich haben wir uns noch mit einem Urteil des Reichsgerichts auseinanderzusetzen[22]), in dem die Provision zugesprochen wurde, obwohl unstreitig der Makler mit dem späteren Vertragsgegner nie in Berührung gekommen war. Hier hatte der Auftraggeber den Makler mit der Nachweisung einer Kaufgelegenheit für ein Waldgrundstück beauftragt. Der Makler wies auch eine solche Gelegenheit nach und zwar ein Grundstück, das zur Zwangsversteigerung stand. Der Makler und der Auftraggeber führten Verhandlungen mit dem Eigentümer und während dieser Verhandlungen erfolgte dann die Versteigerung. Nunmehr schloß der Auftraggeber mit dem Ersteher den Vertrag ab.

Aber auch diese Entscheidung steht nur in scheinbarem Widerspruch zu dem oben Gesagten. Die Tätigkeit des Maklers bestand

[22]) RG in LZ 1925, 260

hier darin, den Auftraggeber so stark an dem Objekt zu interessieren, daß dieser in Verbindung zum Eigentümer zu kommen trachtete, ganz gleich wer dieser sei. Ueber die Sache wurde die Beziehung zur Person hergestellt, denn beim Kaufauftrag ist, wenn der Makler ein geeignetes Objekt gefunden hat, die Beziehung vom Auftraggeber als auch vom Mäkler zum Vertragsgegner begrifflich schon vorhanden, denn das kann nur der Eigentümer oder sonst Verfügungsberechtigte gerade dieser Sache sein.

c) Nachdem wir also durch die angeführten Entscheidungen, insbesondere die des Reichsgerichts im Recht 1908, 1366 und die des OLG Colmar in OLG 9,7 eine Bestätigung für unsere Ansicht gefunden haben, können wir im Ergebnis feststellen, daß von einer „Tätigkeit" des Maklers im Sinne des Gesetzes erst dann die Rede ist, wenn dieser mit dem späteren Vertragsgegner — selbst oder durch Vermittlung anderer — in Berührung gekommen ist. Dieses Ergebnis ist umso mehr gerechtfertigt, als es weit mehr als die entgegengesetzte Auffassung über die Tätigkeit den Erfordernissen des Verkehrs Rechnung trägt. Gewährt man nämlich den Provisionsanspruch schon immer dann, wenn der klagende Makler nachweisen kann, daß seine Tätigkeit eine conditio sine qua non für das Zustandekommen des Vertrages war, so würde das zu unerträglichen Konsequenzen führen.

Die Gewährung des Anspruches würde dazu führen, daß in allen Fällen, in denen der Makler nicht mit dem späteren Kontrahenten in Berührung gerät, er trotzdem einen Zusammenhang zwischen seiner Tätigkeit und dem Vertragsschluß zu finden versucht, um Provisionsansprüche zu stellen. Die Folge würde auf der einen Seite sein, daß die Maklerprozesse sehr stark anwachsen würden, auf der anderen Seite aber würde sich eine bedenkliche Rechtsunsicherheit bemerkbar machen, denn dann wäre es schlechterdings unmöglich, klare Grenzlinien für die Kausalität aufzustellen. Diese Folgen zu vermeiden, liegt aber auch im Interesse der Makler, denn sonst würden wohl die Grundstückseigentümer viel seltener, als es jetzt der Fall ist, auf die Hilfe eines Maklers zurückgreifen.

Eine klare Scheidung ist also unabweisbares Bedürfnis. Die hier vorgeschlagene Lösung hat außerdem den Vorzug, daß sie keine schwierigen Beweisfragen im Prozeß schafft.

Wir können nunmehr zu unserem Ausgangspunkt zurückkehren und die Anwendung der gewonnenen Ergebnisse auf den Provisionsanspruch für den durch Ausübung des Vorkaufsrechts mit dem Vorkäufer zustande gekommenen Vertrag vornehmen. Der Makler ist jedenfalls im Regelfall, von dem wir ausgehen, mit dem Vertragsgegner, dem Vorkäufer, nicht in Berührung gekommen. Weder hat er ihn aufgefunden, noch hat er seine Kauflust angereizt, noch hat er im Hinblick auf ihn irgend etwas getan, was seine Kaufbereitschaft beeinflußt hätte. Somit ist der Makler in Beziehung auf ihn nicht „tätig" geworden und dieser Nachweis genügt, um

dem Makler jeden Anspruch zu versagen. Mag er noch so sehr darlegen, daß es doch sein Verdienst war, daß der Vorkäufer zum Eintritt gezwungen wurde, mag er auch beweisen, daß der Vorkäufer niemals gekauft hätte, insbesondere nicht zu einem solchen Preis, wenn er — der Makler — nicht den Vertrag mit dem Dritten zustande gebracht hätte — auf alles dieses kommt es nicht an.

Daher muß der Makler auf andere Weise versuchen, einen Provisionsanspruch durchzusetzen und dabei wird er vor allem auf den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag zurückgreifen; denn die Gründe die zur Versagung des Anspruchs im bisher besprochenen Fall führten, liegen hier offenbar nicht vor.

Zweiter Abschnitt.

Die Provision im Hinblick auf den mit dem Dritten zustande kommenden Vertrag. Provision und Ausführung des Vertrages.

Im vorigen Abschnitt sind wir zu dem Ergebnis gelangt, daß dem Makler für den durch die Ausübung des Vorkaufsrechts mit dem Vorbesitzer zustande kommenden Vertrag ein Provisionsanspruch nicht zustehen kann. Was der Gewährung des Anspruches dort entgegenstand, war die Tatsache, daß von einer Maklertätigkeit im Hinblick auf den Vorkäufer nicht die Rede sein konnte, weil der Makler ja nicht einmal mit ihm in Berührung gekommen war. Diese Voraussetzung aber ist gegeben in Ansehung des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages. Hier steht es außer Zweifel, daß es der Makler war, der den Vertragsgegner gefunden, dem Auftraggeber zugeführt und, wenn er mit der Vermittlung beauftragt war, auch durch Verhandlungen auf seine mehr oder weniger große Entschlossenheit zum Kaufe eingewirkt hat. Durch seine Tätigkeit ist im Sinne des Gesetzes der Vertrag zustande gekommen. Der Makler wird also, um seinen Provisionsanspruch zu begründen, auf diesen Vertrag zurückgreifen.

A. Im Allgemeinen.

Hier erhebt sich aber sogleich folgendes Bedenken: So gewiß auf der einen Seite der Vertrag wirksam geschlossen wurde, so hat aber auf der anderen Seite der Vertrag die beabsichtigte Wirkung nicht entfaltet; er ist nicht zur Ausführung gelangt. Der eigentliche Zweck des Vertrages, nämlich die Herbeiführung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges, ist verfehlt worden. Muß

daher nicht der Makler seines Lohnes allein schon deshalb verlustig gehen, weil sein Vertrag seinen eigentlichen Zweck verfehlt hat?

Es handelt sich also hier um die Frage der Abhängigkeit der Maklerprovision von der Ausführung des Vertrages; diese Frage muß vorweg geklärt werden.

Der § 652 BGB gibt darüber keine Auskunft. Er sagt lediglich, daß die Provision verdient sein soll, wenn der Vertrag zustande kommt. Ist nun aber ein Vertrag als zustande gekommen anzuerkennen, wenn er nachher nicht erfüllt wird? Rein logisch betrachtet möchte man die Frage bejahen, denn juristisch hat der Vertragsschluß mit der späteren Ausführung nicht das geringste zu tun; mit dieser Argumentation sucht daher auch Jacusiel [23]) die angedeutete Schwierigkeit zu überwinden.

Diese Argumentation übersieht aber, daß die Regelung, die das Maklerrecht im BGB gefunden hat, zu spärlich ist, als daß solche Wortargumentationen stichhaltig sein könnten. Sie nimmt aber vor allem keinen Bedacht auf das Wesen des Maklervertrages, wie es sich nach den oben gemachten Ausführungen darstellt. Auf den Erfolg kommt es an, nicht auf den juristischen Verpflichtungstatbestand. Wird der Vertrag nicht ausgeführt, so it es für den Auftraggeber so anzusehen, als wenn überhaupt kein Vertrag zustande gekommen wäre.

Es finden sich daher auch Stimmen, die bei Nichtausführung des Vertrages die Provision versagen wollen [24]). Das wird insbesondere auch mit dem Hinweis auf die Regelung des Handelsmaklers begründet, der das Ausführungsrisiko selbst bei im allgemeinen niedrigerem Provisionssatz zu tragen habe (§ 88 HGB); um wieviel mehr also müsse der Makler des Bürgerlichen Gesetzbuches an dem Ausführungsrisiko beteiligt werden. Außerdem müsse dafür gesorgt werden, daß der Makler dem Auftraggeber nur solche Käufer zuführe, die nachher auch zur Erfüllung in der Lage sind; das könne man nur so erreichen. Dieser selber Gedanke ist auch der Grund dafür gewesen, daß im Oesterreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch kraft positiver Gesetzesvorschrift der Makler seinen Lohn erst dann zu beanspruchen hat, wenn der Vertrag erfüllt ist [25]).

Gegen diese Ausführungen hat Reichel [26]) mit überzeugenden Gründen Stellung genommen. Mit Recht weist er darauf hin, daß die Analogie zu § 88 HGB sich allein schon deshalb verbietet, weil der Handelsmakler im Gegensatz zu dem des BGB ständig betraut wird, und es daher gerechtfertigt ist, ihn am Risiko trotz geringeren Lohnes zu beteiligen, eben weil er ungleich größere Verdienstmöglichkeiten hat. Das zweite Argument aber könnte nur

[23]) Jacusiel, S. 125.

[24]) Robert Mayer, Rechte und Pflichten aus dem Maklervertrag, Diss. Heidelberg 1912, S. 53.

[25]) ABGB, Art. 77.

[26]) S. 66.

de lege ferenda eine Bedeutung haben; dies ist richtig, bedarf aber u. E. noch einer Erläuterung.

Es ist Aufgabe des Maklers, zwei Vertragspartner zusammenzuführen, die beide an sich abschlußbereit sind. Die Tätigkeit des Maklers besteht also im wesentlichen darin, rein äußerlich das Band zwischen diesen beiden Personen herzustellen. Womit der Makler sich dagegen nicht zu beschäftigen hat, das ist der höchst persönliche Lebenskreis des einen und anderen Vertragsteils; hierzu gehört aber die Frage der Solvenz. Genau so wenig, wie der Makler den Gründen nachzugehen braucht, die den Dritten zur Kaufbereitschaft geführt haben (die oft rein familiärer Natur sind), genau so wenig kann es zu den Aufgaben des Maklers gehören, sich ein genaues Bild von der Zahlungsfähigkeit des Dritten zu machen, die vielfach selbst bei Anwendung der größten Sorgfalt nicht zu erkennen ist. Die „Vermittlung" ist bewerkstelligt mit der Zuführung und dem späteren Abschluß; die Frage der Solvenz aber muß der Auftraggeber selbst prüfen und wenn er dazu nicht in der Lage ist, so mag er sich Sicherheiten ausbedingen. Nur hat natürlich der Makler die aus seinem Treuverhältnis zum Auftraggeber entspringende Verpflichtung, dem Auftraggeber Mitteilung zu machen, wenn ihm aus irgendwelchen Gründen bereits die Insolvenz des Dritten bekannt ist.

Ist also nach der natürlichen Betrachtung des Maklerverhältnisses eine Beteiligung des Maklers am Erfüllungsrisiko nicht angängig, so hätte das Gesetz eine ausdrückliche Regelung treffen müssen, wenn es von der Regel hätte abweichen wollen. Insofern hat Reichel Recht, wenn er davon spricht, daß den Ausführungen Mayers nur eine Bedeutung de lege ferenda zukomme.

Die durchaus herrschende Lehre läßt den Makler an der Gefahr der Erfüllung nicht teilnehmen[27]). Es bleibt aber zu untersuchen, ob nicht im Einzelfall, je nach der Eigenart des die Nichterfüllung bedingenden Umstandes eine Ausnahme von der Regel trotzdem geboten ist. So ist z. B. unstreitig, daß die Provision nicht verdient sein kann, wenn der Hauptvertrag angefochten wird[28]), oder wenn der Hauptvertrag wegen Formmangels nichtig ist[29]). Es sei denn, daß der Anfechtungsgegner die Anfechtung verschuldet hat[30]); oder weil die erforderliche vormundschaftliche Genehmigung nicht erteilt wird. Dagegen soll die Provision verdient sein, wenn nachher der Vertrag im Wege der freien Vereinbarung wieder aufgehoben wird[31]).

---

[27]) Komm. v. RGR 2 b zu § 652; Fischer-Henle, 6 zu § 653; Dörr, Der Maklervertrag in Seuff. Bl. 70, 633 Anm.; Staud., III, 2 b 1; RG in LZ 1920, 40; RG 104, 366.

[28]) v. Staudinger III 2 B f.; Komm. v. RGR § 652, Anm. 2 b; RG 25, 319; 76, 354.

[29]) RG in Seuff. A. 78, 128.

[30]) Hans. Z. 21, 765; OLG 4, 240 (Kiel).

[31]) Staudinger III 2 B g.

Wir müssen also für die weitere Betrachtung daran festhalten, daß zwar die Nichtausführung nicht unmittelbar die Versagung des Anspruches im Gefolge hat, daß aber in jedem Falle besonders zu prüfen ist, worauf die Hinfälligkeit des Vertrages beruht, erst dann kann entschieden werden, ob die Provision verdient ist oder nicht.

Nun sind aber der Gründe, die zu einer Nichtausführung des Vertrages führen können, unendlich viele. Lassen sich nun Gesichtspunkte auffinden, nach denen einheitlich entschieden werden kann, welche zur Vernichtung des Makleranspruches führen und welche nicht?

Die Stellung von Judikatur und Literatur zu dieser Frage ist sehr uneinheitlich. Um zunächst die Rechtsprechung zu erörtern, so läßt sich aus der Fülle des vorliegenden Materials soviel mit Sicherheit feststellen, daß größter Wert auf die genaue Interpretation des § 652 BGB dahingehend gelegt wird, daß ein Vertrag geschlossen sein muß. Ist dieser nichtig oder anfechtbar, so kann ein Anspruch nicht gegeben sein. An diesem Satz hält das Reichsgericht mit äußerster Konsequenz fest. Selbst der früheren preußischen Praxis, wonach dem Makler im Falle der Vermittlung eines ungültigen Vertrages eine billige Entschädigung für seine Mühe zustehen sollte, ist das Reichsgericht entgegengetreten [32]).

Die reichsgerichtliche Rechtsprechung führt sehr oft zu unbilligen Ergebnissen. So ist z. B. in einem Falle der Anspruch versagt worden, in dem der Auftraggeber selbst sich beim Vertragschlusse eines Betruges schuldig gemacht hatte und daraufhin später die Anfechtung erfolgte [33]). Hier führt das Reichsgericht aus, der Makler handle dolos, wenn er sich auf einen Vertrag berufe, der ohne den Betrug des Auftraggebers überhaupt nicht zustande gekommen wäre. In einem anderen Falle, dessen Unbilligkeit indessen nicht so deutlich auf der Hand liegt, hatten die Parteien absichtlich einen nichtigen Vertrag geschlossen, um den Vorkaufsberechtigten zur Ausübung seines Vorkaufsrechtes zu veranlassen [34]); auch dieser Fall hat in der Literatur Widerspruch hervorgerufen [35]).

Daher finden sich in der Wissenschaft häufige Versuche, der rein juristischen Methode des Reichsgerichts eine mehr auf wirtschaftlichen Erwägungen aufbauende Betrachtungsweise entgegenzustellen. Hier ist insbesondere die „Zwecktauglichkeitstheorie" Reichels zu nennen [36]), die den Makleranspruch allein davon abhängig macht, ob der Vertrag so, wie er geschlossen wurde, den damit verfolgten Zielen des Auftraggebers entsprach, ob er also für den Auftraggeber zwecktauglich war; ist also der Vertrag auch ungültig, so

[32]) Vgl. Jacusiel, S. 90.
[33]) RG 76, 354; ferner Hamburg, Recht 1913 Nr. 670.
[34]) Mitgeteilt von Reichel, S. 33; siehe auch Planck-Oegg 3 b α ββ zu § 652.
[35]) siehe insbesondere Reichel, a. a. O.
[36]) S. 29 ff.

muß nach Reichel der Anspruch dennoch gegeben sein, wenn gerade dieser Vertrag für den Auftraggeber von Nutzen war. Dasselbe muß dann gelten, wenn der an sich nichtige Vertrag die Grundlage für die gewünschte Transaktion wird, sei es, daß beide Parteien in Unkenntnis von der Nichtigkeit erfüllen oder aber freiwillig leisten; in diesen Fällen würde das Reichsgericht zweifellos zur Abweisung der Klage des Maklers gelangen. Andererseits aber folgt für Reichel aus der Zwecktauglichkeitstheorie, daß der Anspruch dann zu versagen ist, wenn der anfechtungsberechtigte Auftraggeber die Anfechtung nur deshalb unterläßt, weil er alsdann noch schlechter dastehen würde, im Hinblick auf § 121 BGB [37]); hier würde das Reichsgericht der Klage stattgeben [38]).

Die Auseinandersetzung mit Reichel erfolgt später bei anderer Gelegenheit. Hier können wir die Unrichtigkeit seiner Ansicht im Hinblick auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut ohne weiteres feststellen, wonach verlangt wird, daß ein „Vertrag" geschlossen oder besser „zustande gekommen" sei. Gerade dieser letzte Ausdruck spricht dafür, daß das lediglich historische Ereignis der Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen nicht genügen soll, sondern daß der materielle Bestand des Rechtsgeschäfts für den Lohnanspruch ausschlaggebend ist. Für alle Fälle also, in denen die Hinfälligkeit des Vertrages auf dem Gesetze selbst beruht (§§ 125, 142, 183, 177, 110, 138, 134 BGB), kann ein Provisionsanspruch nicht gegeben sein.

B. Die vereinbarte Vertragshinfälligkeit. Vorgeschlagene Lösungen.

Dagegen ist ein einheitlicher Gesichtspunkt für die Gruppe von Fällen, in denen die Hinfälligkeit auf den erklärten Willen der Parteien selbst beruht, nicht zu finden. Hier eine Entscheidung zu treffen, ist aber für uns von größter Wichtigkeit, da, wie sich sogleich zeigen wird, in unserem Falle die Nichtausführung des Vertrages auf der freien Vereinbarung der Parteien beruht. Wir werden also zu untersuchen haben, ob an der Grundregel, daß der Makler an der Ausführung des Vertrages nicht beteiligt ist, festzuhalten ist, oder ob, wie bei der auf Gesetz beruhenden Ungültigkeit — und damit Nichtausführung — das Gegenteil der Fall ist, oder ob vielleicht die Entscheidung differenziert werden muß, je nachdem, ob die eine oder andere Form der Hinfälligkeitsabrede von den Parteien gewählt worden ist.

Wie gesagt, wird der mit dem Dritten geschlossene Vertrag im allgemeinen mit einer Hinfälligkeitsabrede ausgestattet sein. Das ergibt sich aus folgender Ueberlegung: schließt der Auftraggeber den Vertrag mit dem Dritten ohne jeden Vorbehalt für den Fall der

[37]) S. 27.
[38]) Vgl. Jacusiel, S. 95.

Ausübung des Vorkaufsrechtes, so läuft er Gefahr, ihm später schadensersatzpflichtig zu werden. Denn mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Vertrag mit dem Vorkäufer, unter den mit dem Dritten stipulierten Bestimmungen zustande (§ 505 BGB). Er wäre also alsdann aus zwei Verträgen zur Leistung derselben Sache verpflichtet, kann aber offenbar nur einmal erfüllen.

Um dieser Konsequenz aus dem Wege zu gehen, werden die Parteien in aller Regel vereinbaren, daß der Vertrag nur bei Nichtausübung des Vorkaufsrechtes bei Bestand bleiben soll. Die Möglichkeiten, die sich für eine derartige Vereinbarung bieten, sind die aufschiebende, die auflösende Bedingung und der Rücktritt. Ueber die Wirkung derartiger Hinfälligkeitsabreden auf das Entstehen und Bestehenbleiben des Makleranspruches ist viel gestritten worden. Wir werden daher die in der Rechtsprechung und Literatur gewonnenen Resultate darauf hin prüfen müssen, ob sie allen Anforderungen gerecht zu werden imstande sind.

1. Wir wenden uns zunächst dem Fall zu, daß der Auftraggeber sich durch Einfügung einer auflösenden Bedingung für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts gesichert hatte. Das Gesetz hat zu dieser Frage keine Stellung genommen; es nimmt daher nicht weiter wunder, daß die Meinungen über diese Frage sehr weit auseinander gehen.

Es lassen sich zwei sich gegenüber stehende Gruppen von Ansichten unterscheiden, die auf verschiedenen Wegen der Lösung näher zu kommen versuchen. Die eine Gruppe verwendet abstrakt-juristische Argumente und gelangt zu Ergebnissen, die eben wegen dieser Grundlage in jedem Falle zwingend bestimmt sind, während die andere Gruppe von den wirtschaftlichen Grundlagen des Maklerverhältnisses ausgeht und so die Möglichkeit hat, der Eigenart eines jeden Falles in der Entscheidung Rechnung zu tragen.

In der ersten Gruppe sind drei verschiedene Beweisführungen versucht worden, die ungefähr folgendes besagen:

1. Die erste geht von dem Wesen der Bedingung aus. Nach der im Bürgerlichen Gesetzbuch durchaus herrschenden Lehre ist die Bedingung nicht etwa, wie z. B. in der gemeinrechtlichen Theorie eine dem Hauptvertrage beigefügte Nebenabrede auf Wiederaufhebung des Vertrages, sondern sie bildet mit dem Vertrage ein einheitliches Ganzes; es handelt sich also nicht um die Erklärung eines ersten und dann eines zweiten Willen, sondern um die „Erklärung eines so und so geeigenschafteten, eines bedingten Willens“ [39]). Dieser Wille aber reicht vorläufig noch nicht aus, um eine Grundlage zu der erstrebten Rechtsänderung abzugeben; er ist in seiner Kraft selbst gehemmt, es müssen noch andere Umstände hinzutreten, um ihn zu vollwirksamer Kraft zu entwickeln. Was nun die auflösende Bedingung betrifft, so begnügen sich einige Schriftsteller, insbeondere des gemeinen

[39]) Windscheid-Kipp, Bd. I § 86.

Rechts, nicht mit der Feststellung einer solchen Willenshemmung, sondern gehen sogar soweit, die Existenz des Willens selbst in Frage zu stellen[40]). Aber die vorwiegende, von Kipp[41]) vertretene Ansicht hält daran fest, daß der Wille lediglich gehemmt sei. Daraus folgt für unseren Fall, daß die Provision erst zu zahlen ist, wenn der Vertragswille zu seiner vollen Kraft erstarkt ist, wenn also die auflösende Bedingung endgültig ausgefallen ist; es besteht also im Wesen kein Unterschied von der aufschiebenden Bedingung[42]).

2. Eine andere Ansicht geht von dem Wortlaut des § 652 BGB aus, und gelangt durch ein argumentum e contrario dazu, den Provisionsanspruch sofort mit Abschluß des Vertrages und ohne Rückforderungsrecht für den Fall des Eintritts der Bedingung zu gewähren. Wenn nämlich, so schließt man, die Provision beim aufschiebend bedingten Vertrag erst mit Eintritt der Bedingung zu zahlen ist, so kann diese Beschränkung bei der auflösenden Bedingung nicht Platz greifen; analoge Anwendung aber verbietet sich, weil die Vorschrift des § 652 I, 2 eben wegen ihres beschränkenden Charakters restriktiv zu interpretieren ist[43]).

Diese Ansicht könnte ferner, was indessen nicht getan wird, gestützt werden durch die Deutung, die die Bedingung durch Savigny erfahren hat[44]).

Es wird nämlich hier davon ausgegangen, daß der auf Abschluß des Vertrages gerichtete Willen voll wirksam ist, daß nur die Parteien in einer Nebenabrede vereinbaren, daß der Vertrag wieder aufgehoben sein soll, wenn die Bedingung eintritt (pactum de non petendo); diese Auffassung wurde bereits oben angedeutet[45]). Hiernach wäre also ein voll wirksamer Vertrag zustande gekommen, so daß die Provision endgültig und sogleich mit Abschluß verdient ist.

3. Eine letzte Ansicht besagt, daß die Provision zwar mit Abschluß des Vertrages verdient sei, daß sie aber wieder zurückzuerstatten sei, wenn die Bedingung später eintritt. Diese Ansicht stützt sich auf eine Analogie zur Anfechtung. bei der angeblich die Rechtslage sehr ähnlich ist. Die Rückforderung der Provision stützt sich alsdann auf § 812 Abs. I Sitz 2, da mit dem Eintritt der Bedingung sich herausstelle, daß der mit dem Vertrag beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten sei[46]).

---

[40]) Bruns in von Holtzendorffs Enzyklopädie I § 20, 3 b α.

[41]) a. a. O., Anm. 3 a.

[42]) siehe z. B. Rospatt, in Gruch. B. 45, 564, 546.

[43]) Vgl. Komm. v. RGR, Anm. 3; Jacusiel, S. 99.

[44]) Vgl. v. Tuhr, II, 2 S. 572.

[45]) Planck, noch in der III. Auflage; Fischer-Henle, Anm. 9.

[46]) So anscheinend die Motive (S. 513) „Anders dagegen verhält es sich, wenn dem Vertrag eine Resolutivbedingung beigefügt ist. In diesem Falle tritt die rechtliche Wirkung des Vertrages sofort ein und es ist nur die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes von dem Eintritt der Bedingung abhängig. Es läßt sich deshalb die auflösende Bedingung der aufschiebenden Bedingung nicht gleichstellen."

Gegen alle drei vorgetragenen Ansichten ist vor allem ins Feld zu führen, daß bei aller juristischen Logik der Blick für die praktischen Notwendigkeiten verloren geht. Soll bei der ersten Lösung der Makler jahrelang warten, bis die Bedingung endgültig ausgefallen ist? Soll bei der zweiten Lösung, wenn es von vornherein als ziemlich sicher gilt, daß die Bedingung alsbald eintreten wird und damit also der Vertrag hinfällt, der Makler trotzdem seine Provision erhalten? Gegen die dritte Lösung wäre vor allem einzuwenden, daß es den wirtschaftlichen Erfordernissen und vielfach auch dem Willen der Parteien widerspricht, den Makler nach Iahren zur Rückzahlung der Provision zu verpflichten, wenn alsdann die Bedingung eintritt. Vielleicht auch kam es dem Auftraggeber gerade darauf an, daß der Vertrag einige Zeit bei Bestand blieb, um später in Wegfall zu kommen. Soll dann wirklich der Makler die Provision zurückzahlen müssen?

Die durchaus herrschende Lehre hat sich mit wechselnder Begründung auf den Standpunkt gestellt, daß die Provision verdient sei und nicht mehr zurückgefordert werden könne[47]). Indessen erscheint es uns äußerst zweifelhaft, ob sich überhaupt eine generelle Lösung finden läßt, eine Lösung, die auf der einen Seite den wirtschaftlichen Erfordernissen Rechnung trägt, auf der anderen Seite aber auch die mit dem Mangel einer klaren juristischen Konstruktion verbundene Gefahr der Rechtsunsicherheit ausschließt.

Dieses gerade ist es, was im wesentlichen an der zweiten Gruppe von Lösungsversuchen auszusetzen ist, die die Besonderheit des Einzelfalles für allein entscheidend erklären.

Diese Gruppe wird im wesentlichen geführt von Reichel, dessen „Zwecktauglichkeitstheorie" wir bereits oben erläutert haben. Hier bleibt nur zu untersuchen übrig, ob sie eine brauchbare Lösung für die Frage nach der Maklerprovision bei auflösend bedingten Verträgen bietet.

Die Anwendung der Zwecktauglichkeitstheorie im Prozeß würde sich etwa wie folgt abspielen: Zunächst wäre zu prüfen, ob der Eintritt der Bedingung in näherer oder fernerer Zukunft zu erwarten ist[48]). Je nachdem müßte der Lohn bereits jetzt oder erst später bezahlt werden. Ist aber die Provision gezahlt und tritt dann die Bedingung doch noch ein, so muß alsdann in die Prüfung darüber eingetreten werden, ob der Vertrag nicht trotzdem zwecktauglich war[49]). Dies aber bestimmt sich danach, ob im Einzelfall der Auftraggeber es in der Hand hatte, den Eintritt der Bedingung herbeizuführen oder nicht. Ist das nämlich nicht der Fall, kann

---

[47]) Planck, IV. Aufl. 3 b α §§; Oertmann, Komm. 2 a zu § 652; v. Staudinger, III, 3 b; Komm. v. RGR, 3; Staub-Koenige, Vorbem. von § 93 Anm. 30; zunächst schwankend OLG 14, 28; dann der h. L. folgend: OLG 22, 320; 36, 267; 28, 196; Seufferts A. 71, 113; 73, Nr. 100.

[48]) Reichel, S. 53.

[49]) S. 20.

insbesondere der Auftragsgeber nachweisen, daß er den Vertrag bei Voraussicht des Bedingungseintritts nicht geschlossen haben würde, so muß der Makler die Provision zurückerstatten [50]).

Dies ist nur der Rohbau, der an vielen Stellen durch Ausnahmen und unter Ausnahmen durchbrochen ist. Wir haben diesen Verfahrensgang absichtlich dargestellt, damit die ungeheure Schwerfälligkeit, mit der er belastet ist, deutlich werde. Es liegt auf der Hand, daß ein Prozeß, in dem es also auf eine Menge von subjektiven Tatbestandsmerkmalen ankäme, selten zu der beabsichtigten Entscheidung gelangen würde, da das Gericht angesichts der baren Unmöglichkeit, den Sachverhalt restlos aufzuklären, durch die Anwendung der Beweisfälligkeitsregeln vieles unberücksichtigt lassen wird.

Viel schwerwiegender als diese prozessualen sind die theoretischen Bedenken, die sich gegen Reichels Vorschläge erheben. Zunächst wird der Begriff der „Zweckerreichung" vom Gesetz mit keinem Wort erwähnt. Nun geben wir zwar zu, ja befürworten es sogar, daß bei der Lösung maklerrechtlicher Fälle auf Wesen und Zweck des Maklervertrages zurückgegriffen wird, um so „ungeschriebene Tatbestandsmerkmale" zu ermitteln. Aber wir glauben, bei dieser Methode gerade die Widerlegung Reichels zu entdecken.

Wenn Reichel nämlich behauptet, der Lohnanspruch des Maklers müsse generell in Beziehung gesetzt werden zu der Erreichung des vom Auftraggeber erfolgten Zweckes, so ist u. E. gerade das nicht gestattet. Wir müssen uns daran erinnern, daß die Tätigkeit des Maklers ausschließlich darin besteht, das äußere Band zwischen den nachmaligen Vertragsparteien herzustellen, sie zusammenzuführen. Dagegen gehört es nicht zu seinen Obliegenheiten, in die höchstpersönlichen Lebenskreise der beiden Personen einzudringen (vgl. oben S. 18 der Arbeit). Hierzu gehört aber gerade die Frage der Tauglichkeit eines Vertrages zur Erreichung eines bestimmten Zieles, das ohne weiteres der Makler nicht kennt und nicht zu kennen braucht. Dieses kann — um nur einige Beispiele anzuführen — der Wunsch sein, einen Gegner zu schädigen, die Befriedigung eines religiösen Bedürfnisses, der Eitelkeit, kurz, die eigentlichen Motive wird der Auftraggeber sogar vielfach gar nicht zu erkennen geben wollen. Hier spielen Momente wie Alter, Gesundheit, Gefühl, Ehre u. a. eine gewichtige Rolle, Momente aber, zu denen die Frage der Provision schlechterdings in keinem wie immer gearteten Zusammenhang gebracht werden kann. Aber auch bei alltäglichen Fällen ergibt sich die Unhaltbarkeit der Reichel'schen Argumentation: Soll der Makler, der einen Weinkauf für den Auftraggeber vermittelt hat, seines Anspruches deshalb verlustig gehen, weil der Auftraggeber infolge seiner plötzlichen Verhaftung keine Verwendung mehr für den Wein hat? Oder folgender Fall: Der Makler vermittelt einen Rohstoffkaufvertrag, dem zugunsten des verkaufen-

[50]) S. 21.

den Dritten ein Rücktrittsrecht angefügt wird. Jetzt stellt sich heraus, daß der Auftrag, zu dessen Ausführung der Auftraggeber die Rohstoffe benötigte, unwirksam wird. Tritt jetzt der Dritte vom Vertrag zurück, so erweist sich die Vereinbarung des Rücktrittsrechts als sehr zwecktauglich für den Auftraggeber. Nach Reichel müßte hier die Provision verdient sein; ein nicht zu billigendes Ergebnis!

Konsequenterweise müßte Reichel sogar stets die Provision von der Erfüllung abhängig sein lassen, denn die Zwecktauglichkeit des Vertrages wird erst mit ihr offenbar. Diese Folgerung lehnt Reichel indessen zu ziehen ab.

Trotz aller Bedenken ist aber der Fortschritt, der mit der Reichel'schen Lehre erzielt ist, nicht zu verkennen. Dieser besteht darin, daß er die Möglichkeit schafft, bei der Beurteilung von Maklerverhältnissen den Erfordernissen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Nur mangelt es eben an einer tragfähigen juristischen Konstruktion. Daher das Gewirr von Ausnahmen und Unterausnahmen und der äußerst schwierige Prozeßgang.

Noch einen Schritt weiter geht Keffenbrinck [51]). Er versucht, die Beurteilung auf eine andere Grundlage zu stellen. Während Reichel das Moment der Zweckerreichung in den Vordergrund stellt, hebt Keffenbrinck hervor, daß doch die Aufgabe des Maklers ausschließlich darin bestanden habe, den auf Abschluß eines Vertrages gerichteten Willen des Auftraggebers zu befriedigen. Dieses und nichts anderes sei der Erfolg, den der Makler herbeizuführen habe. Nun sei zwar dieser Erfolg stets nur das Mittel zur Erreichung eines weiteren Zieles; dieses weitere Ziel zu erreichen sei aber nicht mehr Sache des Maklers und auch für sein Verhältnis zum Auftraggeber völlig gleichgültig.

Hierin können wir Keffenbrinck nach dem, was wir oben gegen Reichel gesagt haben, unbedenklich folgen. Keffenbrinck vermeidet zunächst den Fehler, die höchstpersönliche Sphäre des Auftraggebers in Beziehung zu setzen zum Makler und seinem Anspruch.

Nach den weiteren Ausführungen Keffenbrincks ist nun der Erfolg des Vertragsschlusses dann gegeben, wenn der Dritte sich bereit findet, in größtmögliche Willensübereinstimmung um Auftraggeber zu treten. Daraus aber folge, daß eine dem Vertrage beigefügte Hinfälligkeitsabrede noch nicht ohne weiteres die Tätigkeit des Maklers als erfolglos erscheinen lasse; hierin liegt die auch von uns befürwortete Ablehnung der herrschenden Lehre und ihres Versuchs, die Frage der Zufügung einer Hinfälligkeitsabrede einheitlich zu lösen. Da nun, so wird weiter ausgeführt, die Hinzufügung einer Hinfälligkeitsabrede gerade der Willensrichtung des Auftraggebers entsprochen haben kann, ja ihm im vorliegenden Falle entsprochen haben wird, so sei sie eben die größtmögliche

[51]) S. 27 ff.

Willensübereinstimmung und somit müsse die Provision sofort und endgültig verdient sein.

Dieses Ergebnis Keffenbrincks wird von uns, wie sich zeigen wird, durchaus gebilligt. Nur scheint uns seine Deduktion nicht recht überzeugend, zum Mindesten aber unklar. Denn es wird nicht näher erklärt, was denn unter „Willensübereinstimmung" zu verstehen sei. Meint er damit „Willenserklärungsübereinstimmung", so würde aus der Tatsache des Vertragschlusses die Uebereinstimmung bereits hinreichend bewiesen sein und der Provisionsanspruch würde mit dem Hinweis auf den Vertragsschluß ausreichend begründet sein. Meint Keffenbrinck dagegen „Interessenübereinstimmung", so scheint uns das ein Widerspruch in sich zu sein, da nach dem Wesen des gegenseitigen Vertrages der Ausgleich widerstreitender Interessen bezweckt wird. Ist dagegen, was uns das nächstliegende zu sein scheint, damit gemeint die Erzielung des unter den obwaltenden Umständen weitestgehenden und größtmöglichen Interessenausgleiches, so scheint uns der Begriff der Willensübereinstimmung nicht frei von Bedenken zu sein.

Denn es erhebt sich alsdann sogleich die Frage, wonach denn zu ermitteln sei, welches der größtmögliche Interessenausgleich war. Es kann doch, da es sich um einen Interessenausgleich zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten handelt, nur das Interesse des Auftraggebers in Frage stehen. Wie kann aber der Makler in Richtung auf einen solchen Interessenausgleich tätig werden, wenn ihm die Interessenlage des Auftraggebers unbekannt ist?! Keffenbrinck muß dem Auftraggeber gestatten, gegenüber der Klage des Maklers sich darauf zu berufen, daß ein besserer Ausgleich möglich gewesen wäre; gegen einen solchen Einwand müßte Keffenbrinck dann schon die exceptio doli generalis geben, um dem Mäkler seinen Anspruch zu retten, wenn er nachweisen kann, daß nach den Informationen des Auftraggebers gerade dieser Vertrag die größtmögliche Willensübereinstimmung darstellte. Nun ist aber klar, daß in der größten Mehrzahl der Fälle der Auftraggeber die mangelnde Willensübereinstimmung geltend machen wird, so daß die Doluseinrede fortwährend angewandt werden müßte. Nach der Natur dieser Einrede als eines nur in Grenzfällen anzuwendenden Behelfes kann diese Lösung nicht richtig sein. Also auch hier bemerken wir eine Schwäche der juristischen Konstruktion.

Der bedeutsame Fortschritt in dieser Lösung Keffenbrincks besteht aber darin, daß er den, wenn auch nicht durchgeführten Versuch unternommen hat, das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Makler zur Grundlage der Entscheidung über den Provisionsanspruch zu machen. Hier werden wir weiter gehen müssen, um zu einer Lösung zu gelangen, die auf tragfähiger juristischer Grundlage gestattet, den wirtschaftlichen Erfordernissen Rechnung zu tragen. Doch zuvor wollen wir untersuchen, ob für den Fall, daß

der Auftraggeber sich durch Einfügung einer aufschiebenden Bedingung zu sichern versucht hatte, eine Lösung vorhanden ist.

2. Der Fall, daß der vom Mäkler vermittelte Vertrag aufschiebend bedingt geschlossen wird, ist vom Gesetz besonders geregelt. Im § 652 I 2 heißt es, daß die Provision „erst" verlangt werden könne, wenn die Bedingung eingetreten ist. Solange die Bedingung schwebt, ist der Vertrag noch nicht zustande gekommen; die Vorschrift ist also nur die Folge des Satz 1 von § 652 Abs. 1.

Im Hinblick auf diese geschäftliche Regelung werden in Literatur und Rechtsprechung auch keine weiteren Erörterungen mehr über die Maklerprovision angestellt. Die einzige Ausnahme hiervon bildet der Hinweis darauf, daß die Provision verdient sein müsse, wenn der Auftraggeber den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben vereitelt habe, ein Fall also, mit dem wir es nicht zu tun haben; denn in unserem Falle hängt der Eintritt der Bedingung von völlig außerhalb der Einflußmöglichkeit des Auftraggebers liegenden Umständen ab.

Da unser Fall nicht weiter diskutiert wird, so ist daraus zu schließen, daß man, da der Vorkäufer sein Recht ausübt und somit die Bedingung nicht eingetreten ist, dem Makler seinen Anspruch versagen will. Dies aber ist ein unhaltbares Ergebnis. Sollte aber, woran nicht zu zweifeln ist, der Versuch unternommen werden, die Provision zuzusprechen, so könnte das nicht anders geschehen als durch Zubilligung einer exceptio doli generalis, woraus allein schon auf die mangelnde Tragfähigkeit der juristischen Konstruktion geschlossen werden könnte.

Auch Reichel versucht in unserem Fall keine Lösung. Seine Erörterungen über die Maklerprovision bei aufschiebend bedingt geschlossenen Vertrag betreffen nicht unseren Fall[52]). Dagegen ist hervorzuheben, daß Keffenbrinck, der ebenfalls von der Unmöglichkeit der Versagung des Provisionsanspruches ausgeht, darauf hinweist, daß aus der Fassung des Gesetzes („erst — — wenn") statt („nur — — wenn") geschlossen werden könnte, der Gesetzgeber habe den Anspruch des Mäklers lediglich befristen, nicht bedingen wollen; in seinem Bestande also habe der Anspruch nicht beeinträchtigt werden sollen durch die Einfügung der Bedingung.

Dieser Versuch ist aber, wie Keffenbrinck selbst zugibt, aussichtslos[53]). Diese Auslegung widerspricht Sinn und Zweck der Vor-

---

[52]) Vgl. S. 40 ff., 43.

[53]) S. 32. Auch folgende Ueberlegung spricht für den Bedingungscharakter: Würde es sich um eine Befristung handeln, so wäre bei arglistiger Vereitelung des Eintritts der Bedingung durch den Auftraggeber beim Hauptvertrag höchstens mit einer exceptio doli zu helfen; während man bei Annahme einer echten Bedingung diese mit der des Hauptvertrages für identisch erachten und daher den Provisionsanspruch unmittelbar mit § 162 BGB begründen könnte; vgl. hierzu RG Warn. 1929 Nr. 60: „Die von der Revision zur Nachprüfung gestellte Frage, ob die Fiktion des § 162 auch für das Verhältnis zwischen Makler und Auftraggeber gilt, ist zu bejahen." Siehe zu dieser Frage auch Oertmann, 5. Aufl. zu § 652 a.

schrift und steht im Widerspruch zu der Entstehungsgeschichte[54]). Auch könnte diese Auslegung gerade in unserem Falle nicht helfen, da gerade der Anfangstermin, nämlich die Bedingung, nicht eintritt.

Keffenbrinck gelangt aber im Ergebnis doch zur Bejahung des Anspruches unter Zuhilfenahme seiner bereits oben (S. 25) gekennzeichneten Theorie. Da, so schließt er, die Einfügung der Bedingung gerade im Interesse des Auftraggebers gelegen habe, so sei die größtmögliche Willensübereinstimmung erzielt, so daß die Provision sofort gezahlt werden müsse. Der Satz aber, so wird weiter ausgeführt, daß bei der erzielten Willensübereinstimmung die Provision verdient sei, sei stärker als die Vorschrift des § 652 I 2[55]).

Abgesehen von den Bedenken, die wir früher gegen Keffenbrinck's Verwendung des Begriffes der „größtmöglichen Willensübereinstimmung" zu erheben hatten, erhebt sich hier die nicht zu beantwortende Frage, woher die Berechtigung genommen wird, dem angegebenen Satz eine derogierende Kraft zuzusprechen. Ja, nach Keffenbrinck geht dieser Satz nicht nur dem Gesetz vor, sondern er macht dieses sogar überflüssig; hieraus allein ist mit hinreichender Sicherheit auf die Unrichtigkeit der Lehre Keffenbrincks zu schließen.

3. Noch ist die dritte Sicherungsmöglichkeit zu erwähnen, die dem Auftraggeber zur Anwendung der aus der Ausübung des Vorkaufsrechts erwachsenden Gefahren zur Verfügung steht: die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts mit dem Vertragsgegner.

Der Rücktritt läßt genau wie die auflösende Bedingung den Vertrag zunächst bei Bestand; während dagegen bei der Bedingung die Hinfälligkeit des Vertrages bei Bedingungseintritt unmittelbar erfolgt, steht die Zerstörung des Vertrages beim Rücktritt immer noch im Belieben des Auftraggebers.

Nach der Reichel'schen Zwecktauglichkeitstheorie muß in jedem Falle, in dem der Rücktrittsvorbehalt lediglich im Interesse des Auftraggebers eingefügt worden war, die Provision verdient sein, da ein solcher Vertrag dem Auftraggeber noch mehr taugt als ein unbedingt geschlossener[56]). Indessen erkennt auch Reichel an, daß es sich im vorliegenden Fall nur äußerlich um einen Rücktrittsvorbehalt handelt, daß in Wirklichkeit jedoch sich diese Abrede in nichts von der Beifügung einer auflösenden Bedingung unterscheidet. Man kann auch nicht den Grundsatz anwenden, wonach der Makler an einer späteren Wiederaufhebung des Vertrages durch die Parteien unbeteiligt sein müsse[57]). Denn erstens ist die Hinfälligkeitsabrede dem Vertrag von Anfang beigefügt und zweitens kann man nicht sagen, daß die Wiederaufhebung völlig dem freien Belieben der Parteien unterstellt worden wäre. Denn das Moment der Freiwilligkeit tritt

[54]) Mot. 513.

[55]) S. 34.

[56]) S. 60.

[57]) Vgl. § 1257 des Sächs. BGB: „Das Recht des Maklers auf die Maklergebühr wird nicht aufgehoben, wenn der geschlossene Vertrag später aufgelöst wird."

völlig zurück gegenüber dem nicht-potestativen Moment der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Verkäufer. Wird nämlich der Vorkauf erklärt, so wird der Auftraggeber keinen Augenblick zögern, nun seinerseits den Rücktritt zu erklären, da er sich ja sonst aus einem der beiden Verträge schadensersatzpflichtig machen würde. Also von freier Entschließung ist nicht mehr die Rede; wir geben daher Reichel völlig Recht, wenn er diesen Fall genau wie den des auflösend bedingten Vertragschlusses behandelt. Ueberdies befinden wir uns hierbei in Uebereinstimmung mit Keffenbrinck [58]).

C. Der Maklervertrag als ausschließliche Grundlage des Provisionsanspruches.

Wir wenden uns nunmehr der Aufgabe zu, eine Lösung der im Abschnitt II aufgeworfenen Fragen zu finden. Nach den bisherigen Erörterungen ist soviel klar geworden: die Lösung muß auf der einen Seite den im Bereiche des Maklerverhältnisses auftretenden Besonderheiten Rechnung zu tragen imstande sein. Auf der anderen Seite kann auf das Erfordernis einer klaren juristischen Konstruktion nicht verzichtet werden. Sie ist um so unentbehrlicher, als ihr Mangel gerade im Hinblick auf die Mannigfaltigkeit der vorkommenden Interessenlagen zur schrankenlosen Herrschaft der exceptio doli und damit zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit führen würde.

Eine Entscheidung des OLG Hamburg [59]) weist uns den Weg. Hier wird u. a. ausgeführt:

„Aber auf diese äußerst bestrittene Frage (ob nämlich die Provision beim Eintritt der auflösenden Bedingung zurückgefordert werden könne) soll hier nicht näher eingegangen werden. Sie läßt sich wohl überhaupt nicht in der Weise entscheiden, daß eine für alle Fälle gleichbleibende und maßgebliche Regel aufgestellt werden könnte, weil es im wesentlichen auf die begleitenden Umstände auch darauf ankommt, wie die gerade streitenden Teile selbst über den **Makler**vertrag gedacht haben."

Wenn dies auch an sich nur für den Fall der auflösenden Bedingung gesagt wurde, so ist doch ohne weiteres klar, daß hiermit etwas für den Maklervertrag überhaupt Gültiges gesagt werden sollte, und daß in jedem Provisionsstreit die Besinnung auf den Maklervertrag gefordert wird.

Diese Entscheidung trifft u. E. den Kern. Der Anspruch des Maklers gründet sich auf Vertrag, und zwar auf seinen Vertrag mit dem Auftraggeber. Allein hieraus kann er sich zur Begründung seiner

[58]) Keffenbrinck, S. 30.
[59]) OLG 34, 52.

Forderung berufen. Mag der vermittelte Vertrag noch so günstig für den Auftraggeber sein, er wird dem Makler niemals zu seinem Lohn verhelfen, wenn sein Vertrag, auf Grund dessen er tätig wurde, z. B. unwirksam ist oder mit einem sonstigen Mangel behaftet war. Also allein der Maklervertrag ist entscheidend. Ob es sich beim Maklervertrag um einen einseitigen oder zweiseitigen Vertrag handelt, kann dahingestellt bleiben; entweder man faßt die Lage so auf, daß der Auftraggeber dem Makler die Provision zu zahlen verspricht unter der Bedingung, daß der und der Vertrag vermittelt wird oder man läßt die Leistung der Provison abhängig sein von der des Zustandebringens des Vertrages. Aber einzig und allein dieser Vertrag ist die Grundlage des Anspruches des Maklers.

Was nun unter „der und der" Vertrag zu verstehen ist, das kann weder aus dem Gesetz noch aus der Verkehrsanschauung, sondern lediglich aus den Vereinbarungen zwischen Makler und Auftraggeber geschlossen werden. Was die Parteien unter „Vertrag" bei Abschluß des Maklervertrages verstanden haben, was hierbei als Inhalt des abzuschließenden Vertrages vereinbart wurde, das allein kann zugrunde gelegt werden und das allein bestimmt, was im Sinne des § 652 BGB unter „Vertrag" zu verstehen ist. Hat der Makler diesen Vertrag zustande gebracht, so ist die Bedingung, unter der ihm der Lohn verprochen wurde, eingetreten, bzw. — bei Annahme eines gegenseitigen Vertrages — die Einrede des nicht erfüllten Vertrages für den Auftraggeber weggefallen.

Wie gesagt, ergibt sich der Inhalt des Tatbestandesmerkmals „Vertrag" in § 652 aus dem Maklervertrag. Daraus aber folgt ohne weiteres, daß dieser Inhalt nicht in jedem Maklerverhältnis eine gleichbleibende Bedeutung haben kann, sondern daß er vielmehr je nach den besonderen Abmachungen zwischen Makler und Auftraggeber in den einzelnen Fällen höchst verschieden sein kann. Wenn wir nun unter diesem Gesichtspunkt die früher dargestellten Lösungsversuche für den Fall des kraft Parteiabrede hinfälligen Vertrages betrachten, so ergibt sich, daß fast alle Schwierigkeiten, mit denen diese Lösungen zu kämpfen hatten, ihren Grund darin hatten, daß dem Begriff des „Vertrages" im § 652 eine stets gleichbleibende Bedeutung zugewiesen wurde. Denn nur so ist es zu erklären, wenn eine der angeführten Meinungen in jedem Falle der auflösenden Bedingung die Provision sofort und unwiderruflich zubilligen wollte; es war eben ein „Vertrag" geschlossen und weiter war nichts mehr zu prüfen. Oder wenn eine andere Ansicht die Provision erst mit dem endgültigen Ausfall der Bedingung gewähren wollte, u. s. f. Die angeführten Mittelmeinungen von Reichel und Keffenbrinck vermeiden zwar bis zu einem gewissen Grade diesen Fehler, indessen lagen ihre Schwächen, wie wir sahen, darin, daß trotzdem der Provisionsanspruch noch von Umständen abhängig gemacht wurde, die ausschließlich in der höchstpersönlichen Sphäre des Auftraggebers begründet waren und zwar selbst dann,

wenn sie nicht Inhalt des Maklerverhältnisses geworden waren, kurz, wenn der Makler sie gar nicht kannte.

Wenn wir nun der Ansicht sind, daß nicht der § 652 BGB, sondern der Maklervertrag die Grundlage für den Maklerlohn darstellt, so ist damit keineswegs gesagt, daß diese Vorschrift keine Bedeutung mehr hätte. Im Gegenteil: sie stellt klar, daß die Provision „erst" verlangt werden könne, „wenn" der Vertrag zustande gekommen ist. Der Makler kann also die Provision nicht vorher verlangen, als ihm die Vermittlung des vom Auftraggeber vorgezeichneten Vertrages gelungen ist, andererseits kann er sie alsdann sofort verlangen und kann den Auftraggeber mit allen wie immer gearteten Ausflüchten, insbesondere mit der der mangelnden Zwecktauglichkeit, ausschließen,

Von unserem Standpunkt aus erklärt sich die Vorschrift des Abs. I Satz 2 wie folgt:

Grundsätzlich bildet nur die Vermittlung des vom Auftraggeber gewünschten Vertrages eine Grundlage für den Anspruch des Maklers. Nun mag es aber häufig vorkommen, daß es dem Makler nicht gelingen will, einen Kontrahenten zu finden, der genau auf alle vom Auftraggeber gewünschten Bedingungen einzugehen bereit ist. Ist aber unter den nachgewiesenen Personen eine, die zwar abschließen möchte, jedoch die Wirksamkeit des Vertrages noch von dem Eintrit einer bestimmten Bedingung abhängig machen möchte, so soll, wenn der Vertrag mit dieser Bedingung zustande kommt, der Makler seines Lohnes doch nicht ganz verlustig gehen, sondern er soll ihn erhalten, wenn die Bedingung eingetreten ist. Der Satz 2 stellt also eine im Interesse des Maklers eingefügte Ausnahme von dem im Satz 1 aufgestellten Grundsatz dar. Die Vorschrift des Satz 2 tritt begrifflich erst dann in Wirksamkeit, wenn der vermittelte Vertrag nicht ganz den zwischen Makler und Auftraggeber getroffenen Vereinbarungen entspricht, wenn er also hinter diesen Vereinbarungen zurückbleibt. Haben die Parteien dagegen die Möglichkeit des Abschlusses eines aufschiebend bedingten Vertrages in Erwägung gezogen und für diesen Fall besondere Abreden bezüglich des Lohnes getroffen, so bleibt für die Vorschrift kein Raum.

Die Schwierigkeit bei der Lösung eines maklerrechtlichen Falles besteht nun darin, im Einzelfall festzustellen, was als zu vermittelnder „Vertrag" zwischen Makler und Auftraggeber vereinbart wurde. Es liegt auf der Hand, daß es einen Normaltypus hier nicht geben kann, sondern daß je nach den Wünschen des Auftraggebers der eine Vertrag sehr erheblich von dem anderen abweichen kann. Der eine Auftraggeber legt besonderen Wert auf die Person des Käufers, der andere auf die Zahlungsweise, ein dritter auf die vom Käufer beabsichtigte Verwendung des Grundstücks, ein vierter will bestimmte Personen vom Kauf ausschließen u. s. f.

Ist aber festgestellt, was vereinbart wurde und ist weiter festgestellt, daß der vermittelte Vertrag dieser Verabredung entsprach,

so ist die Provision verdient, auch wenn der Auftaggeber sich insgeheim vorbehalten hat, einen anderen Vertrag zu wünschen. Es bedarf da nicht erst der Zwischenschaltung einer exceptio doli, um dem Makler seinen Anspruch zu erhalten.

Von hier aus wird auch deutlich, wie sehr Reichel, wie schon erwähnt, dem Wesen des Maklervertrages widerstreitet, wenn er das Moment der Zweckerreichung zwischen dem Mäklervertrag und die Provision schiebt. Denn diese Zweckerreichung kann doch nicht Inhalt des Maklervertrages sein, es sei denn, daß sie ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten dazu gemacht wurde. Nach Reichel müßte der Makler außer dem, was ihm der Auftraggeber gesagt hatte, noch immer prüfen, ob auch der Zweck erreicht wird; er müßte auch dauernd auf der Hut sein, ob sich nicht in dieser Beziehung in der Zwischenzeit etwas geändert hat. Reichel müßte in einem solchen Falle zur Begründung des Anspruchs eine exceptio doli geben des Inhalts, daß der Makler von der Veränderung des Zweckes nichts gewußt habe, was der Makler dann replicando zu beweisen hätte, während er nach unserer Ansicht in einem solchen Fall nur zu beweisen braucht, daß dieser Vertrag seiner Abrede mit dem Auftraggeber entspricht.

Die Besinnung auf den Maklervertrag löst viele der Schwierigkeiten in den von Reichel aufgeführten Beispielen. Um nur einige Fälle herauszugreifen:

Ein Beamter, der in fünf Jahren pensioniert wird, will bis dahin noch ein Stück Land „kaufen"; nach der dem Makler erteilten Information kam es ihm darauf an, ein Stück Land unangefochten bis zu seiner Pensionierung zu benutzen. Ob der Makler nun tatsächlich einen Kauf zustande bringt oder einen Mietsvertrag, ist völlig unerheblich, denn nach den dem Makler gegebenen Anweisungen kam es dem Auftraggeber nicht auf die juristische Bezeichnung an. Reichel[60]) kann die Provision erst zusprechen, nachdem geklärt worden und vom Makler bewiesen worden ist, daß dieser Mietsvertrag genau so zwecktauglich für den Beamten ist wie der ursprünglich gewünschte Kaufvertrag es gewesen wäre. Hiernach ist also die Provision abzusprechen, wenn der Auftraggeber Tatsachen anführt, aus denen nur der Kaufvertrag als zwecktauglich erscheint, selbst wenn diese Tatsachen bei Erteilung des Auftrages nicht erwähnt worden sind. Oder: der Auftraggeber will ein bestimmtes Haus kaufen, jedoch mit einer auflösenden Bedingung für den Fall, daß in der Nähe ein Schützenstand errichtet werden sollte; der Makler vermittelt gerade einen solchen Vertrag und der Stand wird später errichtet. Hier liegt auf der Hand, daß die Provision verdient sein muß, da der Makler nicht nur einen gewöhnlichen Vertrag zustande gebracht hat, sondern darüber hinaus den Dritten dazu vermocht hat, auf die Einfügung einer auflösen-

[60]) S. 63.

den Bedingung einzugehen. Reichel[61]) gewährt hier dem Auftraggeber ein Rückforderungsrecht beim Eintritt der Bedingung mit der Begründung, daß die Einfügung der Bedingung zwar dem Auftraggeber „relativ" zum Vorteil gereicht habe, daß aber

> „das bedingende Ereignis ein vom Willen des Auftraggebers unabhängiges und weiter so geschaffenes ist, daß infolge seines Eintritts der Vertrag für den Auftraggeber nicht nur im Blick auf die Zukunft, sondern auch im Blick auf die Vergangenheit jeden Wert verliert, sich also als von Anfang an überhaupt wertlos erweiset."

Hier wird die Provision unter die Macht von Umständen gestellt, auf die niemand, am wenigsten aber der Auftraggeber selbst, einen Einfluß hatte, nämlich der Errichtung des Schützenstandes. Man kann Reichel nur die Gegenfrage stellen: Wie hätte er wohl entschieden, wenn der Dritte sich nicht zur Einfügung der genannten Klausel bereit gefunden hätte und so der Auftraggeber wohl oder übel den Vertrag unbedingt zu schließen sich genötigt gesehen hätte!? Noch ein letztes Beispiel: Der Auftraggeber will ein um 52 000 RMk. erworbenes Grundstück weiterverkaufen; der Mäkler findet einen Käufer, der 54 000 RMk. zu zahlen bereit ist, sich aber wegen Zahlung von 2000 RMk. Reugeld den Rücktritt vorbehält und demnächst auch zurücktritt. Ob hier die Provision verdient ist oder nicht, kann unmöglich abstrakt — d. h. ohne Eingehen auf den Vertrag Makler — Auftraggeber — entschieden werden. Weder Reichel[62]), der die Provision zusprechen will, noch die von Reichel mitgeteilte Entscheidung des Kassationshofes Zürich, der die Klage abwies, haben Recht. Vielmehr muß unterschieden werden: Sollte nämlich die Veräußerung des Grundstücks für den Auftraggeber nur das Mittel zum Geldverdienen sein, und hat er auch das bei der Auftragserteilung an den Makler zum Ausdruck gebracht, so ist die Provision verdient; wo nicht, ist die Provision nicht verdient. Diese einzig zulässige Lösung läßt sich nur finden, wenn man stets auf den Grundvertrag zwischen Makler und Auftraggeber zurückgeht.

Im Prozeß wird nach dem Gesagten naturgemäß der größte Wert auf die Klärung gerade dieses Vertrages gelegt werden müssen. Wir geben zu, daß hierbei oft bedeutsame Schwierigkeiten zu überwinden sein werden; diese haben aber ihren Grund nicht in einer Schwäche der juristischen Konstruktion, sondern in der Eigenart des Maklervertrages überhaupt. Vielfach werden die ausdrücklichen Erklärungen des Auftraggebers sehr unklar und unzureichend sein, z. B. wegen seiner mangelnden Geschäftstüchtigkeit. Daraus kann aber der Makler keineswegs die Berechtigung ableiten, die besonderen Wünsche des Auftraggebers, auch wenn dieser sie nur unklar formuliert hatte, ja vielleicht selber von ihnen nur eine unklare Vorstellung hatte, zu übergeben. Zugrunde zu legen ist vielmehr

[61]) S. 55.
[62]) S. 61.

alles das, was der Makler als Wunsch des Auftraggebers im Laufe der Besprechung, der gemeinsamen Besichtigung des Grundstücks oder seiner persönlichen Kenntnis des Auftraggebers zu erkennen in der Lage war; alles das gehört mit zum erklärten Willen des Auftraggebers und das ist durch die Annahme des Auftrages durch den Maklervertragsinhalt. Beim Vergleich des vom Makler vermittelten Vertrages mit diesem Vertrag ist dann die Frage der Provision leicht zu lösen.

Ein Urteil des OLG Hamburg bestätigt die Richtigkeit der von uns vorgetragenen Ansicht[63]). Hier werden in einem Fall, in dem die Provision bei der Vermittlung eines aufschiebend bedingten Vertrages zu prüfen war, einige der von uns erwähnten Gedankengänge verwendet. U. a. heißt es hier:

„Bei aufschiebend bedingtem Geschäft ist dieser (der Lohn) in der Regel erst verdient, wenn das Geschäft unbedingt geworden ist. Es hängt also auch hier von dem Inhalt des Maklervertrages ab, ob der Lohn nicht schon mit Vertragsschluß zu zahlen ist, denn es ist diejenige Tätigkeit des Maklers zu vergüten, die ihm aufgetragen ist, so daß er seine Vergütung erhält, wenn er das zuwege gebracht hat, was er auftragsgemäß zu leisten hatte. Das aber ist hier der Fall. Läge also die Sache so, daß der Makler einen Auftrag zu bedingungslosem Abschluß erhalten, aber nur ein Geschäft zuwege gebracht hätte, das eine für den Auftraggeber nachteilige Bedingung enthielt, so würde mangels entgegensthender Vereinbarung die Vergütung erst fällig, wenn die Bedingung eingetreten wäre."

Hier kommt also dieselbe Auffassung über die Bedeutung des § 652 I 2 zum Ausdruck, wie sie bereits oben von uns entwickelt wurde.

D. Lösungen.

Nach dem Gesagten ist es nun nicht schwer, in den von uns zur Lösung gestellten Fällen, nämlich der Vermittlung von Verträgen mit Hinfälligkeitsabrede, die Frage der Maklerprovision zu beantworten. In allen Fällen ist es so, daß der Makler nach dem Inhalt der zwischen ihm und dem Auftraggeber getroffenen Vereinbarung einen Vertrag vermitteln sollte, der den Auftraggeber vor den aus der Ausübung des Vorkaufsrechtes drohenden Gefahren schützen könnte; das hat der Makler getan. Er hat Personen gefunden, die zum Kauf bereit waren, selbst auf die Gefahr hin, daß ihr Vertrag durch Ausübung des Vorkaufsrechtes hinfällig würde, sei es unmittelbar, sei es durch Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Auftraggeber. Somit war gerade dieser vermittelte Vertrag und kein anderer die Grundlage des Provisionsversprechens. Das gilt auch für den Fall des aufschiebend bedingten Vertragsschlusses.

[63]) OLG Hamburg 40, 329.

Hier sind aus der Vorschrift des § 652 I 2 keine Bedenken gegen die sofortige Gewährung des Anspruches abzuleiten. Wie wir sahen, handelt es sich gar nicht um einen der Fälle, die § 652 I 2 im Auge hat; denn der vermittelte Vertrag bleibt nicht hinter dem gewünschten zurück, sondern erfüllt gerade die Wünsche des Auftraggebers.

E. Es bleibt jetzt nunmehr die Frage zu klären, wie es mit dem Lohn des Maklers steht, wenn dem Vertrage ein Vorbehalt nicht beigefügt war und gleichwohl der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht ausübt. Hier bestehen alsdann zwei wirksame Verträge; genauer: der mit dem Dritten geschlossene Vertrag bleibt bei Bestand und es könnte daher gar nicht in Zweifel gezogen werden, daß im Hinblick auf diesen Vertrag der Makler seine Provision verdient haben müßte. Außer Betracht bleiben die Fälle, in denen der Makler um die Existenz des Vorkaufsrechts wußte und die Einfügung einer Hinfälligkeitsabrede versäumt hatte, so daß er sich dem Auftraggeber gegebenenfalls schadensersatzpflichtig gemacht hat.

Indessen sind Zweifel dagegen erhoben worden, daß der Vertrag mit dem Dritten in einem solchen Fall bei Bestand bleibt[64]). Und zwar wird verwiesen auf eine Entscheidung des Reichsgerichts, in der es u. a. heißt:

> „Weiter ist also..., wenn der kaufende Dritte durch den verkaufenden Vorkaufsverpflichteten von dem dinglichen Vorkaufsrecht bei Kaufabschluß Mitteilung erhält, mithin er damit rechnen muß, daß das Grundstück ihm durch Ausübung des Vorkaufsrechts vom Vorkaufsberechtigten entzogen wird, daraus als Inhalt des Kaufgeschäftes zu entnehmen, es erfolge der Verkauf nur unter der Bedingung, daß das Vorkaufsrecht von dem Vorkaufsberechtigten nicht ausgeübt werde."

Aus dieser Entscheidung nun folgert Keffenbrinck, daß das Reichsgericht in unserem Fall die Grundsätze über die fehlende Geschäftsgrundlage zur Anwendung gebracht habe, daß also in allen diesen Fällen so zu entscheiden wäre, wie wenn der Vertrag mit Rücktrittsvorbehalt geschlossen worden bezw. dem Auftraggeber ein Rücktrittsrecht zu gewähren wäre[65])

Diese Deduktion verkennt das Wesen der Oertmann'schen Lehre vollständig. Oertmann definiert wie folgt[66]):

> „Die beim Geschäftsschluß zutage tretende und vom ..... Gegner in ihrer Bedeutsamkeit anerkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der näheren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut."

---

[64]) RG in JW 1922, 576.

[65]) Keffenbrinck, S. 59.

[66]) Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig 1921, S. 21.

Damit ist gesagt, daß die Grundlage des Vertrages also etwas, was vor dem Vertrage liegt, bei Bestand bleiben muß; man spricht vielleicht besser, wie Windscheid, von der „Voraussetzung“ [67]). Das alles trifft aber nicht mehr zu, sobald die Parteien sich der akuten Bedeutung irgend eines Umstandes für den Vertrag bewußt geworden sind. Alsdann ist dieser Umstand zum Gegenstand des Geschäfts, der Willenserklärungen selbst gemacht worden und man kann aus seiner Nichterwähnung nur noch schließen, daß nach dem Willen der Parteien der Eintritt bzw. Nichteintritt des Umstandes für den Bestand des Geschäftes nicht bedeutsam sein sollte.

Es ist doch gerade nicht so, daß der Dritte für den Fall, daß das Vorkaufsrecht erwähnt worden wäre, sich ohne weiteres mit der Einfügung einer Vorbehaltsklausel für den Auftraggeber einverstanden erklärt hätte. Man kann also von einem Rücktrittsrecht zugunsten des Auftraggebers nur reden, sobald das Vorkaufsrecht erwähnt worden ist. Nur so ist auch die Entscheidung des Reichsgerichts zu verstehen: Durch Auslegung der Willenserklärungen soll auf die Vereinbarung eines Vorbehalts zugunsten des Auftraggebers geschlossen werden können [68]). Ist dagegen die Existenz des Vorkaufsrechts dem Dritten völlig unbekannt geblieben, so kann unmöglich gesagt werden, daß von ihm die Nichtausübung dieses Rechts als Geschäftsgrundlage anerkannt worden sei. An diese Möglichkeit hat der Dritte gar nicht denken können.

Aber ganz abgesehen davon erscheint es uns unzweifelhaft, ob eine Erörterung wie die von Keffenbrinck angestellte, in dem hier gestellten Rahmen, nämlich der Untersuchung der Frage des Maklerlohnes, überhaupt zulässig ist. Das wäre doch nur dann der Fall, wenn die Frage der Anwendung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage für den Makleranspruch irgend wie entscheidend sein kann. Das aber ist nicht der Fall, denn hierfür wäre Voraussetzung, daß die Frage des Vorkaufsrechts auch im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Makler eine Rolle gespielt hätte. Nach dem, was wir oben über die Bedeutung des Maklervertrages gesagt haben, ist der Lohn immer verdient, wenn der Vertrag so vermittelt wird, wie er gewünscht war; und das gerade war ja geschehen. Es kann der Makler nicht darunter leiden, daß plötzlich durch das ihm gänzlich unbekannte Vorkaufsrecht Komplikationen entstehen. Wie bereits erwähnt, wird sich die Lage dann ändern, wenn dem Makler die Existenz des Vorkaufsrechts bekannt war; dann kommt eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Auftraggeber in Frage. Hier wird es von Bedeutung, ob es sich um ein dingliches oder um ein obligatorisches Vorkaufsrecht handelte. Im ersten Fall wird der Auftraggeber den Beweis, daß der Makler das Vorkaufsrecht gekannt habe, im Hinblick auf den Grundbucheintrag leichter führen können.

---

[67]) Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts v. d. Voraussetzung.
[68]) RG in JW 1922, 576.